Ausführliche Erläuterung
der
Pandecten
nach
Hellfeld
ein Commentar
von

D. Christian Friedrich Glück
Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Eilften Theils erste Abtheilung.

Erlangen
verlegt bey Johann Jacob Palm.
1809.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Lib. X. Tit. II.

Familiae erciscundae.

§. 725.

Begriff der Erbtheilungsklage, und Ursprung derselben.

Die andere Theilungsklage ist das *iudicium familiae erciscundae*, die Erbtheilungs, oder Erbsonderungsklage [1]). Sie ist diejenige Klage, welche ein Miterbe gegen den andern Miterben, die sich beyde als solche gegenseitig anerkennen, dahin anstellt, daß die bisher unter ihnen gemeinschaftlich gewesene Erbschaft getheilt werde, und den übrigen aus der bisherigen Verwaltung derselben herrührenden Forderungen ein Genüge geschehe. Das Wort *familia* bedeutet also hier soviel als Erbschaft, hereditas, im objectiven Sinn für einen Inbegriff von Sachen genommen, welche ein Verstorbener hinterlassen hat, — Nachlaß eines Verstorbenen.

1) *Io.* VOET de familia erciscunda liber singular. *Colon. 1615. Amst. 1672.* 4. und *Basiliae 1760.* 8. *Conr. Wilh.* STRECKER Diss. de actione familiae erciscundae. *Erford. 1739.* 4. *Frid. Aug.* MEHL Iudicium familiae erciscundae ex §. 20. l. de act. propositum. *Goettingae 1780.* 4. und vorzüglich Ernst Christ. Westphals System der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten und der Erbtheilungsklage. Leipzig 1793. 8.

nen [2]). Das Wort *erciſcere* hingegen kommt her von *erctum* und *ciſcere* oder *ciere*. [3]). *Erctum* heißt ein noch ungetheiltes Ganzes, oder wie Jacob Gothofredus [4]) ſagt: indiviſum in ſe coercitum. Denn Feſtus [5]) leitet das Wort von *coercere* ab, welches hier ſoviel als continere, einſchließen, heißt, von dem griechiſchen Worte ἔρκω oder ἔρκιξω. Daher ἕρκος im Griechiſchen ein umzäunter Ort heißt, worin die Alten ihr Vieh einſchloſſen, welches ihr größter Reichthum war. Hiervon alſo das lateiniſche *Erctum* für ein ungetheiltes Gut genommen [6]). Das Wort *ciere*, aus dem Griechiſchen σχίω, oder κίω, bedeutet eigentlich ſoviel als loco ſuo movere. Weil nun eine Sache, welche zur Theilung kommt, von ihrer Stelle weggebracht wird, ſo hieß *cio*, ſo wie das Griechiſche σχίξω, auch ſoviel als divido. Alſo *familiam erciſcere*, bedeutet ſoviel, als eine bisher gemeinſchaftlich geweſene, und alſo noch ungetheilte Erbſchaft theilen. Ganz ungegründet iſt es daher, wenn Salmaſius [7]) den Tribonian beſchuldiget, er habe den Namen der Klage, aus Unkunde des alten Sprachgebrauchs verſtümmelt, und das alte ächte *familiae*

2) *L. 195. §. 1. D. de Verb. Sign. L. 1. pr. L. 2. D. h. t.*

3) S. *Hug.* GROTII Florum Sparſio ad Ius Iuſtinian. h. t. p. 146. ſq. (edit. *Gebauer. Halae 1729.* 8.) und *Io. Aug.* ERNESTI Clavis Ciceron. v. *Herciſcere.*

4) Fontes quatuor iuris civ. pag. 207. (edit. *Genev. 1653.* 4. und in *Ev.* OTTONIS *Theſ. iuris Rom.* Tom. III. pag. 170.).

5) Voce *Erctum.*

6) S. auch HEINECCII Opuscul. poſtuma de Hiſtoria Edictorum. Ad Edictum perpet. Tit. 45. not. a. pag. 502.

7) Exercitat. Plinian. ad Solinum pag. 891.

familiae ercticiscundae fälschlich in *familiae erciscundae* verwandelt. Man muß sich billig wundern, wie dem großen Philologen die Stelle des Cicero unbekannt seyn konnte, welcher in seiner Rede für den Cäcinna Cap. 7. sagt: Aebutius nomine heredis arbitrum *familiae herciscundae* postulavit. Ja eben dieser Redner sagt noch an einem andern Orte, *de Orator.* Lib. I. cap. 56. Qui, quibus verbis *herciſci* oporteat, nescit, idem *herciscundae familiae* causam agere non potest. Der Ausdruck *familia erciscunda* war also lange vor Tribonian im Gebrauche, wie auch noch aus mehreren Fragmenten des Ulpians und Paulus in Anton Schultings *Iurisprud. Antejustin.* [8]) erhellet.

Die Erbtheilungsklage ist ursprünglich eine Civilklage, welche ihren Ursprung aus den Gesetzen der zwölf Tafeln herleitet [9]). Cajus sagt dies ausdrücklich *L.* 1. *pr. D. h. t.*

Haec actio proficiscitur *a Lege duodecim Tabularum.* Namque coheredibus volentibus a communione discedere, necessarium videbatur aliquam actionem constitui, qua inter eos res hereditariae distribuerentur.

8) PAULUS Lib. I. *Sentent. Receptar.* Tit. 18. pag. 257. und ULPIAN *Fragm.* Tit. 19. §. 16. pag. 225.

9) In den Gesetzen der 12 Tafeln kommt Tab. V. bey *Iac.* GOTHOFREDUS in Quat. Fontib. iur. civ. folgende Verordnung vor: *Nomina inter heredes pro portionibus hereditariis ercta cita sunto. Caeterarum familiae rerum ercto non cito, si volent heredes, erctum citum faciunto: Praetor ad erctum ciendum arbitros tris dato.* Man sehe über diese Stelle ausser Godefroi noch besonders *Conr.* RITTERSHUSII Dodecadeltos Cap. 24. und *Io. Nic.* FUNCCII LegesXII. Tabular. ad Tab. V. pag. 243. sqq.

Der Prätor aber nahm sie auch in sein Edict auf, wie aus den Stellen erhellet, die aus des Cajus, Ulpianus und Paulus Commentaren über das Edict in die Pandecten gekommen sind. Nicht undeutlich gedenken dieses Edicts auch die Kaiser Sever und Antonin, wenn sie *L.* 3. *Cod. h. t.* an einen gewissen Rufus rescribiren:

Adversus coheredes tuos dividundae hereditatis iudicio *secundum iuris formam* experire. Iudex datur, si quid a coherede etiam tuae portionis ex hereditate sublatum fuerit probatum, factis adiudicationibus *secundum iuris formam* eum tibi condemnabit.

Denn daß der Ausdruck *iuris forma* das Edict des Prätors bezeichne, ist eine bekannte Wahrheit [10]). Die Worte des Edicts selbst finden sich zwar nicht in diesem Titel; allein Noodt [11]) hat sie aus den Fragmenten dieses Titels der Pandecten mit vieler Wahrscheinlichkeit auf folgende Art restituirt:

Familiae erciscundae si agetur inter coheredes, arbitrum dabo [12]), *ut eius arbitratu res hereditariae singulis adiudicentur;*

10) HEINECCII Opusc. postuma de histor. Edictor. ad Tit. XLV. not. a. pag. 501.

11) Commentar. ad Dig. h. t. pag. 237.

12) Des arbitri familiae erciscundae geschieht mehrmals in den Fragmenten dieses Titels Erwähnung. *L.* 43. *L.* 51. *pr. L.* 57. *D. h. t.* Auch in Deutschland giebt es an verschiedenen Orten sogenannte Theilrichter, wie z. B. im Würtembergischen, welche von den eigentlichen Richtern sehr verschieden sind. S. *Mich.* GRASSI Diss. de arbitris familiae erciscundae. *Tubingae 1728.* und Lud. Fried. Griesingers Commentar über das Würtembergische Landrecht. 3. Bd. S. 649. Not. p.

centur[13]); *item ſi quid damni datum factumve erit, ſive quid eo nomine aberit alicui, aut ad eum pervenerit, ut id praeſtetur.*

Inſofern das iudicium familiae erciſcundae auf die Theilung der gemeinſchaftlichen Erbſchaft gerichtet wird, gründet ſich die Klage auf ein Miterbrecht des Klägers, inſofern ſie aber auch zugleich auf perſönliche Forderungen geht, die aus der Adminiſtration der gemeinſchaftlichen Erbſchaft entſtanden ſind, beruhet ſie, wie Juſtinian[14]) ſagt, auf einer obligatio quaſi ex contractu. Die Erbtheilungsklage gehört alſo unſtreitig zu den gemiſchten Klagen, inſofern darunter ſolche Klagen verſtanden werden, die ein Realrecht vorausſetzen, und doch nur gegen eine beſtimmte Perſon, welcher auch ein Realrecht an der Sache zugeſtanden wird, Statt finden, und die ein ausſchließendes Recht auf die Sache erſt bewirken ſollen[15]). Viele[16]) halten indeſſen die Erbſonderungsklage für eine blos perſönliche Klage; allein dafür kann ſie nur dann gehalten werden, wenn die Theilung ſchon geſchehen iſt, oder dieſe wegen des Untergangs oder Verluſts der Sache nicht mehr geſchehen kann, und daher die Klage blos auf perſönliche Forderungen geht[17]).

13) Durch die Adjudication geht bey den Theilungsklagen das Eigenthum der Sache ſofort auf den über, dem ſie gerichtlich zugetheilt worden iſt. §. *ult. I. de offic. iudic.*

14) §. 4. *I. de Obligat. quae quaſi ex contr. naſc.*

15) S. Hugo Lehrbuch der Pandecten §. 201. *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 1. Dabelow Handbuch des heutigen römiſch-deutſchen Privatrechts 2. Th. §. 1586. und Weſtphals angeführtes Syſtem §. 672. u. 673.

16) S. MEHL cit. Diſſ. pag. 6. ſqq. VOET cit. libr. Cap. I. nr. 10.

17) *L. 24. pr. D. h. t.* Weſtphal in angef. Syſtem §. 674.

Der Prätor aber nahm sie auch in sein Edict auf, wie aus den Stellen erhellet, die aus des Cajus, Ulpianus und Paulus Commentaren über das Edict in die Pandecten gekommen sind. Nicht undeutlich gedenken dieses Edicts auch die Kaiser Sever und Antonin, wenn sie *L.* 3. *Cod. h. t.* an einen gewissen Rufus rescribiren:

Adversus coheredes tuos dividundae hereditatis iudicio *secundum iuris formam* experire. Iudex datur, si quid a coherede etiam tuae portionis ex hereditate sublatum fuerit probatum, factis adiudicationibus *secundum iuris formam* eum tibi condemnabit.

Denn daß der Ausdruck *iuris forma* das Edict des Prätors bezeichne, ist eine bekannte Wahrheit [10]). Die Worte des Edicts selbst finden sich zwar nicht in diesem Titel; allein Noodt [11]) hat sie aus den Fragmenten dieses Titels der Pandecten mit vieler Wahrscheinlichkeit auf folgende Art restituirt:

Familiae erciscundae si agetur inter coheredes, arbitrum dabo [12]), *ut eius arbitratu res hereditariae singulis adiudicentur;*

10) HEINECCII Opusc. postuma de histor. Edictor. ad Tit. XLV. not. a. pag. 501.

11) Commentar. ad Dig. h. t. pag. 237.

12) Des arbitri familiae erciscundae geschieht mehrmals in den Fragmenten dieses Titels Erwähnung. *L.* 43. *L.* 51. *pr. L.* 57. *D. h. t.* Auch in Deutschland giebt es an verschiedenen Orten sogenannte Theilrichter, wie z. B. im Würtembergischen, welche von den eigentlichen Richtern sehr verschieden sind. S. *Mich.* GRASSI Diss. de arbitris familiae erciscundae. *Tubingae 1728.* und Lud. Fried. Griesingers Commentar über das Würtembergische Landrecht. 3. Bd. S. 649. Not. p.

centur[13]); *item ſi quid damni datum factumve erit, ſive quid eo nomine aberit alicui, aut ad eum pervenerit, ut id praeſtetur.*

Inſofern das iudicium familiae erciſcundae auf die Theilung der gemeinſchaftlichen Erbſchaft gerichtet wird, gründet ſich die Klage auf ein Miterbrecht des Klägers, inſofern ſie aber auch zugleich auf perſönliche Forderungen geht, die aus der Adminiſtration der gemeinſchaftlichen Erbſchaft entſtanden ſind, beruhet ſie, wie Juſtinian[14]) ſagt, auf einer obligatio quaſi ex contractu. Die Erbtheilungsklage gehört alſo unſtreitig zu den gemiſchten Klagen, inſofern darunter ſolche Klagen verſtanden werden, die ein Realrecht vorausſetzen, und doch nur gegen eine beſtimmte Perſon, welcher auch ein Realrecht an der Sache zugeſtanden wird, Statt finden, und die ein ausſchließendes Recht auf die Sache erſt bewirken ſollen[15]). Viele[16]) halten indeſſen die Erbſonderungsklage für eine blos perſönliche Klage; allein dafür kann ſie nur dann gehalten werden, wenn die Theilung ſchon geſchehen iſt, oder dieſe wegen des Untergangs oder Verluſts der Sache nicht mehr geſchehen kann, und daher die Klage blos auf perſönliche Forderungen geht[17]).

13) Durch die Adjudication geht bey den Theilungsklagen das Eigenthum der Sache ſofort auf den über, dem ſie gerichtlich zugetheilt worden iſt. §. *ult. I. de offic. iudic.*

14) §. 4. *I. de Obligat. quae quaſi ex contr. naſc.*

15) S. Hugo Lehrbuch der Pandecten §. 201. *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 1. Dabelow Handbuch des heutigen römiſch-deutſchen Privatrechts 2. Th. §. 1586. und Weſtphals angeführtes Syſtem §. 672. u. 673.

16) S. MEHL cit. Diſſ. pag. 6. ſqq. VOET cit. libr. Cap. I. nr. 10.

17) *L. 24. pr. D. h. t.* Weſtphal in angef. Syſtem §. 674.

Der Prätor aber nahm sie auch in sein Edict auf, wie aus den Stellen erhellet, die aus des Cajus, Ulpianus und Paulus Commentaren über das Edict in die Pandecten gekommen sind. Nicht undeutlich gedenken dieses Edicts auch die Kaiser Sever und Antonin, wenn sie *L.* 3. *Cod. h. t.* an einen gewissen Rufus rescribiren:

Adversus coheredes tuos dividundae hereditatis iudicio *secundum iuris formam* experire. Iudex datur, si quid a coherede etiam tuae portionis ex hereditate sublatum fuerit probatum, factis adiudicationibus *secundum iuris formam* eum tibi condemnabit.

Denn daß der Ausdruck *iuris forma* das Edict des Prätors bezeichne, ist eine bekannte Wahrheit [10]). Die Worte des Edicts selbst finden sich zwar nicht in diesem Titel; allein Noodt [11]) hat sie aus den Fragmenten dieses Titels der Pandecten mit vieler Wahrscheinlichkeit auf folgende Art restituirt:

Familiae erciscundae si agetur inter coheredes, arbitrum dabo [12]), *ut eius arbitratu res hereditariae singulis adiudicentur;*

10) HEINECCII Opusc. postuma de histor. Edictor. ad Tit. XLV. not. a. pag. 501.

11) Commentar. ad Dig. h. t. pag. 237.

12) Des arbitri familiae erciscundae geschieht mehrmals in den Fragmenten dieses Titels Erwähnung. *L.* 43. *L.* 51. *pr. L.* 57. *D. h. t.* Auch in Deutschland giebt es an verschiedenen Orten sogenannte Theilrichter, wie z. B. im Würtembergischen, welche von den eigentlichen Richtern sehr verschieden sind. S. *Mich.* GRASSI Diss. de arbitris familiae erciscundae. *Tubingae 1728.* und Lud. Fried. Griesingers Commentar über das Würtembergische Landrecht. 3. Bd. S. 649. Not. p.

centur[13]); *item ſi quid damni datum factumve erit, ſive quid eo nomine aberit alicui, aut ad eum pervenerit, ut id praeſtetur.*

Inſofern das iudicium familiae erciſcundae auf die Theilung der gemeinſchaftlichen Erbſchaft gerichtet wird, gründet ſich die Klage auf ein Miterbrecht des Klägers, inſofern ſie aber auch zugleich auf perſönliche Forderungen geht, die aus der Adminiſtration der gemeinſchaftlichen Erbſchaft entſtanden ſind, beruhet ſie, wie Juſtinian[14]) ſagt, auf einer obligatio quaſi ex contractu. Die Erbtheilungsklage gehört alſo unſtreitig zu den gemiſchten Klagen, inſofern darunter ſolche Klagen verſtanden werden, die ein Realrecht vorausſetzen, und doch nur gegen eine beſtimmte Perſon, welcher auch ein Realrecht an der Sache zugeſtanden wird, Statt finden, und die ein ausſchließendes Recht auf die Sache erſt bewirken ſollen[15]). Viele[16]) halten indeſſen die Erbſonderungsklage für eine blos perſönliche Klage; allein dafür kann ſie nur dann gehalten werden, wenn die Theilung ſchon geſchehen iſt, oder dieſe wegen des Untergangs oder Verluſts der Sache nicht mehr geſchehen kann, und daher die Klage blos auf perſönliche Forderungen geht[17]).

13) Durch die Adjudication geht bey den Theilungsklagen das Eigenthum der Sache ſofort auf den über, dem ſie gerichtlich zugetheilt worden iſt. §. *ult. I. de offic. iudic.*

14) §. 4. *I. de Obligat. quae quaſi ex contr. naſc.*

15) S. Hugo Lehrbuch der Pandecten §. 201. *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 1. Dabelow Handbuch des heutigen römiſch-deutſchen Privatrechts 2. Th. §. 1586. und Weſtphals angeführtes Syſtem §. 672. u. 673.

16) S. MEHL cit. Diſſ. pag. 6. ſqq. VOET cit. libr. Cap. I. nr. 10.

17) *L. 24. pr. D. h. t.* Weſtphal in angef. Syſtem §. 674.

Der Prätor aber nahm sie auch in sein Edict auf, wie aus den Stellen erhellet, die aus des Cajus, Ulpianus und Paulus Commentaren über das Edict in die Pandecten gekommen sind. Nicht undeutlich gedenken dieses Edicts auch die Kaiser Sever und Antonin, wenn sie *L.* 3. *Cod. h. t.* an einen gewissen Rufus rescribiren:

Adversus coheredes tuos dividundae hereditatis iudicio *secundum iuris formam* experire. Iudex datur, si quid a coherede etiam tuae portionis ex hereditate sublatum fuerit probatum, factis adiudicationibus *secundum iuris formam* eum tibi condemnabit.

Denn daß der Ausdruck *iuris forma* das Edict des Prätors bezeichne, ist eine bekannte Wahrheit [10]). Die Worte des Edicts selbst finden sich zwar nicht in diesem Titel; allein Noodt [11]) hat sie aus den Fragmenten dieses Titels der Pandecten mit vieler Wahrscheinlichkeit auf folgende Art restituirt:

Familiae erciscundae si agetur inter coheredes, arbitrum dabo [12]), *ut eius arbitratu res hereditariae singulis adiudicentur;*

10) HEINECCII Opusc. postuma de histor. Edictor. ad Tit. XLV. not. a. pag. 501.

11) Commentar. ad Dig. h. t. pag. 237.

12) Des arbitri familiae erciscundae geschieht mehrmals in den Fragmenten dieses Titels Erwähnung. *L.* 43. *L.* 51. *pr. L.* 57. *D. h. t.* Auch in Deutschland giebt es an verschiedenen Orten sogenannte Theilrichter, wie z. B. im Würtembergischen, welche von den eigentlichen Richtern sehr verschieden sind. S. *Mich.* GRASSI Diss. de arbitris familiae erciscundae. *Tubingae 1728.* und Lud. Fried. Griesingers Commentar über das Würtembergische Landrecht. 3. Bd. S. 649. Not. p.

centur[13]); *item ſi quid damni datum factumve erit, ſive quid eo nomine aberit alicui, aut ad eum pervenerit, ut id praeſtetur.*

Inſofern das iudicium familiae erciſcundae auf die Theilung der gemeinſchaftlichen Erbſchaft gerichtet wird, gründet ſich die Klage auf ein Miterbrecht des Klägers, inſofern ſie aber auch zugleich auf perſönliche Forderungen geht, die aus der Adminiſtration der gemeinſchaftlichen Erbſchaft entſtanden ſind, beruhet ſie, wie Juſtinian[14]) ſagt, auf einer obligatio quaſi ex contractu. Die Erbtheilungsklage gehört alſo unſtreitig zu den gemiſchten Klagen, inſofern darunter ſolche Klagen verſtanden werden, die ein Realrecht vorausſetzen, und doch nur gegen eine beſtimmte Perſon, welcher auch ein Realrecht an der Sache zugeſtanden wird, Statt finden, und die ein ausſchließendes Recht auf die Sache erſt bewirken ſollen[15]). Viele[16]) halten indeſſen die Erbſonderungsklage für eine blos perſönliche Klage; allein dafür kann ſie nur dann gehalten werden, wenn die Theilung ſchon geſchehen iſt, oder dieſe wegen des Untergangs oder Verluſts der Sache nicht mehr geſchehen kann, und daher die Klage blos auf perſönliche Forderungen geht[17]).

13) Durch die Adjudication geht bey den Theilungsklagen das Eigenthum der Sache ſofort auf den über, dem ſie gerichtlich zugetheilt worden iſt. §. *ult. I. de offic. iudic.*

14) §. 4. *I. de Obligat. quae quaſi ex contr. naſc.*

15) S. Hugo Lehrbuch der Pandecten §. 201. *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 1. Dabelow Handbuch des heutigen römiſch-deutſchen Privatrechts 2. Th. §. 1586. und Weſtphals angeführtes Syſtem §. 672. u. 673.

16) S. MEHL cit. Diſſ. pag. 6. ſqq. VOET cit. libr. Cap. I. nr. 10.

17) *L. 24. pr. D. h. t.* Weſtphal in angef. Syſtem §. 674.

Können sich übrigens die Erben in Güte auseinandersetzen, so bedarf es dieser Klage nicht, und es hängt alsdann lediglich von ihrer Uebereinkunft ab, ob sie die Theilung unter sich allein vornehmen, oder einen Arbitrator zu Hülfe nehmen wollen [18]). Ja wenn auch schon die Theilungsklage erhoben, und anhängig seyn sollte, so hindert dieses dennoch nichts, daß die Theilung noch immer außergerichtlich geschehen könne [19]); so wie im Gegentheil, wenn auch die Theilung außergerichtlich geschehen seyn sollte, dadurch dennoch die actio familiae erciscundae nicht ausgeschlossen wird [20]). Ist aber die actio familiae erciscundae angestellet worden, und die Theilung ist durch ein förmliches Urteil des Richters geschehen, so heißt dies eine gerichtliche Theilung [21]). Eine jede andere Erbtheilung ist für eine außergerichtliche zu halten, wenn sie auch mit Zuziehung eines Theilrichters geschehen [22]), oder von dem ordentlichen Richter wäre bestätiget worden [23]).

§. 726.

Wem steht die Erbtheilungsklage zu? Erfordernisse derselben auf Seiten des Klägers.

Die Erbsonderungsklage stellt nun ein Miterbe gegen den andern Miterben an, das Miterbrecht mag in einem Testa-

18) S. VOET de familia erciſc. Cap. 5. und THIBAUT Syst. des P. R. 2. Bd. §. 728.

19) *L. ult. D. h. t.* VOET c. l. Cap. 5. nr. 2.

20) *L. 32. D. L. 1. C. L. 21. C. h. t.* THIBAUT Syst. 2. Bd. §. 730.

21) *L. 36. D. h. t.* THIBAUT a. a. O. §. 728. a. E.

22) S. Griesingers Commentar über das Wirtembergische Landrecht 3. B. S. 649. Not. p.

23) Strubens rechtliche Bedenken 5. Th. Bed. 137.

Teſtamente oder in einer unmittelbaren Verordnung der Geſetze [24]), es mag in dem Civil-, oder prätoriſchen Rechte [25]), oder auch heut zu Tage in einem Erbvertrage gegründet ſeyn [26]). Utiliter kann dieſe Klage auch zwiſchen dem Fiduciar- und Fideicommiſſar-Erben Statt haben, wenn der erſtere dem Letztern einen Theil der Erbſchaft abtreten ſoll, und dieſer auch dem letztern, jedoch blos mit Worten abgetreten worden iſt [27]). Nicht minder wird einem Arrogirten, der ihm gebührenden Quartae Divi Pii wegen, das utile familiae erciſcundae iudicium geſtattet, wenn er gleich eigentlich nicht als Erbe anzuſehen iſt [28]). Utiliter kann endlich auch die Klage von dem Käufer einer Erbſchaft angeſtellet werden, weil er an die Stelle des Verkäufers tritt [29]), und daher auch die hereditatis petitionem utilem anſtellen kann [30]), welche hingegen einem arrogirten Unmündigen ſeiner Quarte wegen nicht einmal geſtattet wird [31]).

24) *L. 2. pr. D. h. t.* VOET cit. libr. Cap. XI.

25) *L. 24. §. 1. D. h. t.* S. Weſtphal in dem angef. Syſtem §. 676.

26) S. STRECKER Diſſ. cit. §. 4. und Schmidts Commentar über ſeines Vaters Lehrbuch von Klagen 3. Bd. §. 625.

27) *L. 40. D. h. t.* Si ex aſſe heres inſtitutus rogatus ſit, mihi partem aliquam reſtituere, veluti dimidiam: *utile familiae erciscundae iudicium* recte inter eos agetur. S. Weſtphals angef. Syſtem §. 682.

28) *L. 2. §. 1. D. h. t.*

29) *L. 5. C. de heredit. vel act. vend.* VOET de familia erciſc. Cap. XI. nr. 3.

30) *L. 54. pr. D. de hered. petit. L. 2. §. 18. D. de heredit. vel act. vend.*

31) *L. 1. §. 21. D. de collat. bonor.* Weſtphal §. 681.

Uebrigens muß derjenige, welcher die Erbtheilungsklage mit Wirkung anstellen will, nicht nur ein Miterbrecht haben, sondern die Erbschaft muß auch von dem Kläger schon erworben gewesen seyn, als die Forderungen entstanden, worauf die Klage gerichtet wird [32]). Ulpian lehrt dieses deutlich, wenn er *L.* 49. *D. h. t.* sagt:

Nam ut *familiae erciscundae iudicio* agere quis possit, *non tantum heredem esse oportet*, verum *ex ea causa agere*, quam gessit, quodque admisit, *posteaquam heres effectus sit.* Caeterum cessat familiae erciscundae actio: et ideo si, *antequam quis sciret se heredem esse*, in hereditate aliquid gesserit, *familiae erciscundae iudicio non erit locus*; quia non animo hereditatis gessisse videtur. Quare, *qui ante aditam hereditatem quid gessit*, veluti si testatorem sepelivit, *familiae erciscundae iudicium non habet.* Sed si *post aditam hereditatem* id fecit, consequenter dicemus, *familiae erciscundae iudicio* consequi eum posse sumtum, quem fecit in funus.

Der Kläger muß ferner ein von dem Beklagten anerkanntes Miterbrecht haben. Wird ihm daher solches von dem Beklagten streitig gemacht, so ist zu unterscheiden.

1) Der Beklagte ist in dem alleinigen Besitz der Erbschaft. Hier ist der Kläger mit der Erbtheilungsklage zur Zeit noch ab, und zur Erbschaftsklage zu verweisen [33]). Durch diese Klage, (*hereditatis petitio partiaria*) muß also der Kläger zuvörderst sein Erbrecht wider den Beklagten ausführen, und so lange, bis darüber erkannt worden ist, muß

32) S. STRECKER cit. Diss. §. 4. MEHL Diss. cit. pag. 15.

33) *L.* 20. *C. h. t.*

muß die Erbtheilungsklage ruhen. Cajus ſagt *L.* 1. § 1. *D. h. t.*

Sed ſi is, *qui poſſidet*, neget eum ſibi coheredem eſſe: poteſt eum excludere per hanc exceptionem: *Si in ea re, qua de agitur, praeiudicium hereditati non fiat* [34]).

Weiß der Kläger nicht gewiß, ob ihn der Beklagte für einen Miterben anerkennen wird, ſo thut er wohl, wenn er die hereditatis petitio partiaria und die actio familiae erciſcundae mit einander ſucceſſiviſch cumulirt [35]).

2) Der Kläger iſt in dem Mitbeſitz der Erbſchaft. Hier iſt die Erbtheilungsklage nicht ganz unſtatthaft, wenn auch der Beklagte das Miterbrecht des Klägers läugnet. Es braucht daher keine neue Klage angeſtellt zu werden [36]); ſondern es wird der Präjudicialpunct des Erbrechts in demſelben Prozeß blos als ein Incidentpunct behandelt, welcher zwar zuvörderſt ausgemacht werden muß, nächſtdem aber ſogleich zur Entſcheidung der Erbtheilungsſache geſchritten werden kann [37]).

Quodſi

34) *Praeiudicium hereditati fieri* dicitur, ſi prius ius hereditarium actoris probandum, atque de eo iudicandum ſit, quam de diviſione hereditatis agatur. S. *Iac.* RAEVARDUS de Praeiudiciis Lib. I. cap. 1. und cap. 11.

35) S. Schmidts Commentar über ſeines Vaters Lehrbuch von Klagen 3. Band §. 624.

36) Iſt der Kläger im Beſitz, ſo paßt auch nicht einmal die Erbſchaftsklage auf einen ſolchen Kläger, weil dieſe Klage nie dem Beſitzer zuſteht. Dahingegen kommt es bey der Erbtheilungsklage nicht darauf an, ob der Kläger im Beſitz der Erbſchaft iſt, oder nicht. S. *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. Tom. II. *Operum.* pag. 238.

37) S. Weſtphals Syſtem der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten. §. 699. und §. 700.

Quodſi *poſſideat* (ſc. actor) *eam partem*, fährt Cajus in der angeführten Stelle fort, licet negetur eſſe coheres, *non nocet talis exceptio.* Quo fit, ut eo caſu ipſe iudex, apud quem hoc iudicium agitur, cognoſcat, *an coheres ſit.* Niſi enim coheres ſit, neque adiudicari quicquam ei oportet, neque adverſarius ei condemnandus eſt.

3) Der Kläger, der auf die Theilung klagt, beſitzt die Erbſchaft allein. Hier kann der Beklagte, welcher alleiniger Erbe zu ſeyn behauptet, auch ſeiner Seits die Erbſchaftsklage erheben, ohne daß dadurch die Theilungsklage gehindert wird. Beyde Klagen werden hier als Con- und Reconvention zuſammengenommen, und in eben demſelben Prozeß zugleich ausgemacht und entſchieden. Es läßt ſich nicht behaupten, daß beyde Klagen incompatibel wären. Denn durch die Erbſchaftsklage kann keine Theilung bewirkt werden, dahingegen geht die Erbtheilungsklage nicht mit auf die Schulden, weil dieſe ſchon ipſo iure getheilt ſind. Wenn alſo der eine Miterbe dem Erblaſſer noch ſchuldig iſt, ſo muß die Erbſchaftsklage gebraucht werden. Es gehören hierher folgende Stellen.

L. 51. §. 1. *D. h. t.* Si ego a te hereditatem petere vellem, tu mecum familiae erciſcundae agere: ex cauſa utriqùe noſtrum mos gerendus eſt. Nam ſi ego totam hereditatem poſſideo, et te ex parte dimidia heredem eſſe confiteor, ſed a communione diſcedere volo: impetrare debeo *familiae erciſcundae iudicium*, quia aliter dividi inter nos hereditas non poteſt. Item ſi tu iuſtam cauſam habes, propter quam per hereditatis petitionem potius, quam familiae erciſcundae iudicium,

nego-

negotium distrahere velis: tibi quoque permittendum erit, *hereditatem petere.* Nam quaedam veniunt in hereditatis petitionem, quae in familiae erciſcundae iudicio non deducuntur, veluti ſi ego debitor hereditarius ſim: iudicio familiae erciſcundae non conſequeris id, quod defuncto debui; per hereditatis petitionem conſequeris [38]).

L. 7. *D. Si pars heredit. petat.* welche, wie die *L.* 51. aus Julians *L.* 8. *Dig.* genommen iſt. Non poſſumus conſequi *per hereditatis petitionem* id, quod familiae erciſcundae iudicio conſequimur, *ut a communione diſcedamus*: cum ad officium iudicis nihil amplius pertineat, *quam ut partem hereditatis pro indiviſo reſtitui mihi iubeat* [39]).

Daß

38) In den *Baſilic.* Tom. V. Lib. XLII. Tit. 3. Conſt. 51. §. 1. pag. 686. lautet die Stelle ſo: Εὰν ὁ εἷς τῶν συγκληρονόμων θέλῃ διὰ τῆς τῶν κληρονομιαίων ἀπαιτήσεως γενέσθαι τὴν διαίρεσιν, καὶ μὴ διὰ τοῦ διαιροῦντος τῇ Φαμιλίᾳ τὸν κλῆρον λόγου λέγων τοῦτο διαφέρειν αὐτῷ, ἀκούεται. Τινὰ γὰρ ἔχει πλέον ἡ τῶν κληρονομιαίων ἀπαίτησις. τὸ γὰρ παρὰ τοῦ κληρονόμου χρεωσούμενον τῷ διαθεμένῳ, οὐκ ἀπαιτεῖται διὰ τοῦ διαιροῦντος τὸν κλῆρον, ἀλλὰ διὰ τοῦ ἀπαιτοῦντος τὸν κλῆρον δικαστηρίου. i. e. *Si unus ex heredibus per hereditatis petitionem, non per familiae erciſcundae iudicium, diviſionem fieri velit, dicens hereditatem ad ſe pertinere, auditur: eſt enim aliquid amplius in petitione hereditatis: nam quod heres teſtatori debebat, iudicio familiae erciſcundae non exigitur, ſed per hereditatis petitionem.*

39) So leſen alle Ausgaben richtig, und damit ſtimmen auch die *Baſilica* überein, in welchen dieſe Stelle Tom. V. Lib. XLII. Tit. 2. Conſt. 7. pag. 652. ſo lautet: Επὶ τῆς τῶν κληρονομιαίων

Daß übrigens der Kläger durch Anstellung der Erbtheilungsklage dem Beklagten das Miterbrecht zugestehe, versteht sich wohl von selbst, und nie würde wohl darüber je gestritten worden seyn, wenn nicht der Ausspruch des Scävola entgegen zu stehen schiene, welcher *L.* 37. *D. h. t.* sagt:

Qui familiae erciscundae iudicio agit, *non confitetur*, adversarium sibi esse coheredem.

So steht diese sehr bestrittene Stelle auch in der neuesten Göttingischen Ausgabe des Corporis iuris Rom. ohne die geringste Anmerkung, da doch in den Ausgaben des Charondas und Simon van Leeuwen das *non* eingeklammert ist, in den Basiliken aber die Negation ganz fehlt, und von Charondas und Baudoza bemerkt worden ist, sie stehe auch in einigen alten Handschriften nicht. Wie konnte in einer kritischen Ausgabe, wie die Gebauersche seyn soll, eine Stelle, bey welcher sich die Critic so geschäftig bewiesen hat, ohne alle kritische Bemerkung gelassen werden? Daß die Worte des Scävola

μιαίων ἐνδικήσεως ὁ δικαστὴς ψηφίξεται τοσόν δε μέρος ἀδιαιρέτως ἀποκαταστῆναι μοι. οὐ μὴν ἵνα καὶ διελώμεθα. τοῦτο γὰρ τῦ διαιροῦντος τῇ Φαμιλίᾳ τὸν κλῆρον λόγου ἐστίν. i. e. *In petitione hereditatis iudex pronunciat tantum, partem hereditatis pro indiviso mihi restitui, non etiam ut a communione discedamus: hoc enim pertinet ad iudicem familiae erciscundae iudicio addictum.* Es ist daher unbegreiflich, was WISSENBACH in Exercitat ad L. Pandect. libros P. I. Disput. XXII. Th. 7. will, wenn er daselbst sagt, es müsse *pro diviso* gelesen werden. *Ant.* SCHULTING Thesium controversar. Decad. XXVIII. Th. 4. hat diese unzeitige Critik mit Recht verworfen.

vola in einem affirmativen Sinn zu nehmen sind, erhält durch die Basiliken [40]) ein überaus wichtiges Argument. Denn in diesen lauten sie folgendermassen:

Ὁ κινῶν τὸ τῆς διαιρέσεως δικαστήριον, ὁμολογεῖ τὸν ἀντίδικον αὐτῷ συγκληρονόμον εἶναι. i. e. *Qui familiae erciscundae iudicio agit, confitetur, adversarium sibi esse coheredem.*

Soll man aber deswegen mit Gerh. Noodt [41]), Joh. Voet [42]), und Westphal [43]) die Negation in unsern Pandecten wegstreichen? Dies erlaubt die Auctorität des Florentinischen Codex, und so vieler anderer damit übereinstimmender Handschriften schlechterdings nicht [44]). Die meisten Ausleger, von Accursius an, streiten daher für die Beybehaltung derselben. Nur Hermann Cannegieter [45]) liefet ohne alle Auctorität, statt non, *mox* oder *modo*. Doch weit entfernt sind die meisten, dem Fragment des Scävola einen affirmativen Sinn beyzulegen. Cujaz [46]), dem

40) Lib. XLII. Tit. 3. Const. 37. Tom. V. pag. 681.

41) Commentar. ad Dig. h. t. *Oper.* Tom. II. pag. 238.

42) Commentar. ad Pandect. h. t. §. 10.

43) System der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten §. 703. S. 415.

44) Auch unser Cod. Pand. membran. Etl. hat die Negation. Doch habe ich darin folgende Variante bemerkt: *Qui familiae erciscundae iudicio agit, non confitetur, adversarium fuisse coheredem.*

45) Observation. iuris Rom. Lib. I. cap. 17. pag. 113. sq.

46) Observation. Lib. IX. Cap. 36.

dem die mehresten [47]) gefolgt sind, erklärt die Stelle so: Wer die Erbtheilungsklage anstellt, räumt dem Beklagten das Miterbrecht nicht schlechterdings ein. Er kann daher, wenn er sich in dem Miterbrechte des Beklagten geirrt hätte, nachher noch immer die Erbschaftsklage anstellen. Anton Faber [48]) hingegen unterscheidet zwischen *supponere* und *fateri*. Wer die Erbtheilungsklage anstellt, räume nicht sowohl ein, daß der Beklagte Miterbe sey, sondern er setze dieses nur voraus. Beruhe nun diese Voraussetzung auf einem Irrthume, so könne daraus kein gültiges Geständniß gefolgert werden. Lauterbach [49]) glaubt hier sogar den Satz entdeckt zu haben, wer die Erbtheilungsklage angestellt hat, kann noch immer pönitiren, und zur Erbschaftsklage übergehen, so lange der Beklagte nicht rechtskräftig für einen Miterben erklärt worden ist. Doch alle diese Erklärungen sind immer noch erträglicher, als die, wenn Franz Horoman [50]) die Stelle des Scävola von dem Beklagten verstehen will, welcher mit der Erbtheilungsklage

47) *Ulr.* HUBER Eunom. Rom. Lib. X. ad h. L. pag. 435. und in Praelect. ad Pand. h. t. §. 3. *Io. Iac.* WISSENBACH Exercitat. ad L. Pand. libros Disp. XXII. Th. 9. *Io.* ALTAMIRANUS in Comm. ad Lib. XII. Qnaestionum Scaevolae. Tom. II. *Thesauri Meerman.* pag. 514. *Pet. de* GREVE Exercitat. ad Pandect. loca difficiliora Ex. X. §. 21. pag. 258. *Ant.* SCHULTING Thesium controvers. Dec. XXVIII. Th. 5. POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. I. Nr. XIX. not. a. pag. 305.

48) Rational. in Pand. ad L. 37. D. h. t.

49) Colleg. theor. pract. Pandect. h. t. §. 9. Dieser Erklärung wird auch Beyfall gegeben in HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3061. not. b. pag. 387.

50) Observation. Lib. V. cap. I.

klage belangt worden ist, und sie aus der Regel zu erklären sucht, reus excipiendo non confitetur, welchen schon Huber[51]) mit Recht getadelt hat. Scävola dachte sicher daran nicht, was die Ausleger in seinen Worten gefunden haben. Daß ihnen vielmehr ein affirmativer Sinn beyzulegen sey, beweisen, wie ich nochmals bemerken muß, die Basiliken unwidersprechlich, und er ist auch wirklich darin klar genug enthalten, wie unter allen mir bekannten Auslegern einzig und allein Heinrich Johann Arntzenius[52]) richtig gezeigt hat. Man setze nur statt des Puncts nach *coheredem* ein Fragzeichen, und erkläre das *non* durch *nonne*, so ist alle Schwierigkeit gehoben, und das Fragment steht mit der Entscheidung der vorhergehenden *L.* 36. *h. t.* in dem besten Zusammenhange. An sich bedarf wohl diese Emendation keiner weitläuftigen Rechtfertigung. Denn es ist ja bekannt, daß die heutige Interpunction in dem Römischen Gesetzbuche von den Herausgebern desselben herrührt, indem sowohl das Florentinische Manuscript der Pandecten, als alle alte Codices ohne Interpunction Buchstab an Buchstab geschrieben sind. Die Interpunction zu ändern, ist also wohl gewiß die erlaubteste unter allen Emendationen[53]). Nun ist es hier kein gleichgültiger Umstand, daß das vorliegende Fragment aus den *libris Quaestionum* des Scävola genommen ist, in welchen

51) Eunomia Rom. Lib. X. ad L. 37. D. fam. erciſc. §. 1. pag. 435.

52) Specim. Obſervationum. (*Leovardiae 1761.* 8.) Cap. 3.

53) S. ECKHARDI Hermeneut. iuris Lib. I. §. 75. und *Guil.* BEST Ratio emendandi Leges Cap. I. pag. 9. (edit. *Lipſiae 1747.* 8) und beſonders Cap. VII.

chen dieser Römische Jurist civilistische Rechtsfragen erörtert [54]) und solche, nach dem Beyspiel anderer Rechtsgelehrten [55]), nicht selten fragweise entschieden hat. Unstreitig wollte also Scävola sagen:

Qui familiae erciscundae iudicio agit, *nonne* confitetur, adversarium sibi esse coheredem?

Vergleicht man nun diesen Satz mit der Entscheidung der unmittelbar vorhergehenden *L.* 36. *h. t.* nach welcher eine Erbtheilung, die durch richterliche Adjudication geschehen ist, nicht angefochten werden kann, wenn auch gleich der eine Theil den andern aus Irrthum für einen Miterben gehalten haben sollte; so war es gewiß noch ein Grund mehr, der in der *L.* 37. aus Scävola entlehnt wird, daß die Anstellung der Erbtheilungsklage immer eine Anerkennung des dem Beklagten zustehenden Miterbrechts enthalte [56]). Hieraus erklärt sich nun auch die Weglassung der Negation in den Basiliken. Daß aber *non* für *nonne* ein sowohl den besten Classikern, als auch den römischen Juristen gar nicht ungewöhnlicher Sprachgebrauch sey, haben Schel-

ler

54) S. *L.* 29. §. 4. *D. de lib. et postum.* *L.* 14. *D. de iure codicill.* *L.* 9. *D. de negot. gest.* *L.* 69. §. 3. *D. de eviction.*

55) So z. E. sagt Papinian *L.* 84. *D. de acquir. vel omitt. hered.* Nonne iniquum erit, interea defunctum filium heredi suo relinquere nihil? et ideo decreto filio succurrendum est. Eben so Ulpian *L.* 7. §. 1. *D. Quod falso tut. auct.* Quid si compulsus, aut metu, ne compelleretur, auctoritatem adcommodaverit, nonne debebit esse excusatus? Adde et *L.* 4. §. 1. *D. de eo quod certo loc.*

56) S. *Gottl.* HUFELAND Diss. de legum in Pandectis interpretandarum subsidio ex earum nexu et consecut. petendo. §. 23.

ler[57]) und Johann Wilhelm Marckart[58]) aus mehreren Beyspielen[59]) erwiesen.

§. 727.

Wer kann auf Theilung der Erbschaft dringen?

Wer die Erbtheilungsklage anstellen will, muß ferner die freye Disposition über sein Vermögen haben. Denn die Erbtheilung enthält ihrer Natur nach eine Art der Veräußerung, und nimmt bald die Natur einer Permutation, bald die eines Kaufs an, je nachdem entweder jeder Theilhaber seinen Antheil in Natur oder im Werthe erhält, und dieser Werth ihm entweder durch andere Sachen, oder in Gelde vergütet wird[60]); kurz sie enthält immer

57) Lateinisch-teutsches Wörterbuch voc. *Non.*

58) Interpretat. receptar. iuris civ. Lection. Lib. II. cap. 11. pag. 243.

59) So z. E. sagt CICERO *pro Rosc. Comoedo.* Cap. I. NON amentia est? und *in Verrem* IV. 22. NON idem fecit? SALLUST in *Iug.* c. 31. Vos pro libertate, quam ab illis accepistis, NON summa ope nitemini? Man sehe CORTE ad h. l. und DUCKER ad *Florum* Lib. III. c. 21. n. 25. Add LIVIUS IV. 4. V. 53. Ein Beyspiel aus unsern Gesetzen liefert *L. 3. D. de his, quae in testam. delent.* Quid ergo? NON et illud interdum credi potest, eum, qui heredum nomina induxerat, satis se consecuturum putasse, ut intestati exitum faceret? Auf die nämliche Art erklärt auch *Guil.* BEST in Ratione emend. Leges Cap. XII. §. 11. die *L. 156. §. 2. D. de reg. iur.*

60) *L. 1. C. Commun. utriusq. iud. L. 20. §. 3. D. h. t. L. 77. §. 18. D. de legat. II. Rud. Christ.* HENNE Progr. de hereditatis divisione emtionis vicem sustinente. *Erfordiae 1767.*

immer eine Veräußerung des Miteigenthums am Ganzen gegen einen abgesonderten Antheil. Daher können Pupillen, Minderjährige, gerichtlich erklärte Verschwender, und andere Personen, welche unter der Vormundschaft stehen, nicht für sich auf Theilung provociren [61]). Es ist auch nicht einmal die Auctorität und Zustimmung der Vormünder hierzu allein hinreichend, sondern es muß darüber ein obrigkeitliches Decret ausgewirkt werden [62]). Wäre jedoch die Theilung ohne obrigkeitliches Decret, von den Vormündern allein, aber doch auf eine solche Art geschehen, daß überall eine vollkommene Gleichheit beobachtet worden ist

61) *L. 7. pr. D. de reb. eor. qui sub tut. vel. cura sunt.*

62) *L. penult. Cod. de praed. et aliis reb. minor.* VOET de fam. erciscunda. Cap. XI. nr. 7. Wenn *L. 20. D. de auct. et conf. tutor.* dennoch die von dem Vormund allein unter den Pupillen vorgenommene Theilung der väterlichen Erbschaft für gültig erklärt, so vereinigt man diese Stelle gewöhnlich mit den übrigen Verordnungen des röm. Rechts so, daß man sagt, zu den Zeiten des Scävola, aus dessen Digesten dieses Fragment genommen ist, sey noch kein obrigkeitliches Decret erforderlich gewesen, weil er vor den Zeiten des Kaisers Severus gelebt habe, durch dessen Oration erst jenes neuere Recht ist eingeführt worden. *L. 1. D. de reb. eor. qui sub tut.* S. *Pet.* BURGIUS Elector. lib. Cap. 7. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* T. I. pag. 321.) und VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 15. in fin. Allein die Hauptfrage in diesem Gesetz war wohl nur die, ob die Theilung gelte, weil sie nicht schriftlich geschehen sey? und dies war nun freylich an sich kein Grund die Theilung anzufechten, weil ein schriftlicher Aufsatz nicht erforderlich ist. *L. 12. C. h. t.* Daher konnte Tribonian diese Stelle wohl, als geltendes Recht, in die Pandecten aufnehmen, wenn gleich Scävola vor dem Kaiser Sever lebte.

ist, so daß keiner ihrer Mündel weniger erhalten hat, als er nach dem Verhältniß seines Antheils fordern konnte, so kann eine solche Theilung nicht weiter angefochten werden [63]). Ja selbst in dem Falle, da das eine Kind dabey zu kurz gekommen ist, kann dennoch gegen das andere, wenn solches gleichwohl nicht mehr als seinen gebührenden Antheil erhalten hat, die Erbtheilungsklage nicht angestellet werden, sondern das verletzte Kind muß *actione tutelae* gegen den Vormund auf Entschädigung klagen [64]). Dies ist der Fall, den **Paulus** entscheidet, wenn er *L.* 38. *D. h. t.* sagt:

Lucius et Titius fratres emancipati a patre adulti curatores acceperunt: hi communes pecunias ex reditibus redactas singulis submini**s**traverunt: postea omne patrimonium diviserunt, et post divisionem Titia soror Lucio fratri suo coepit quaestionem movere, quasi amplius accepisset, quam ipsa acceperat. Cum Lucius frater eius non amplius sua portione, immo minus, quam dimidiam consecutus sit: quaero, an Titiae competat adversus fratrem actio? PAULUS respondit, secundum ea, quae proponuntur, si Licius non amplius ex reditu praediorum communium accepit, quam pro hereditaria portione ei competeret, nullam sorori eius adversus eum competere actionem.

Dem Satz des Römischen Rechts gemäß, daß Niemand gezwungen werden könne, in der Gemeinschaft zu

63) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 15. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3062. lit. C.

64) Westphal in dem angeführten System §. 839. S. 511. f.

bleiben, muß sich jeder, welcher zur Theilung aufgefordert wird, auch gegen seinen Willen auf die Klage einlassen, wenn er gleich noch unmündig oder minderjährig ist[65]). Denn die Aufforderung zur Theilung wird in diesem Falle als eine nothwendige Veräußerung angesehen. Daher bedarf hier selbst der Vormund keines obrigkeitlichen Decrets[66]). Sollte jedoch der zur Theilung aufgeforderte Minderjährige gerade mit keinem Vormund versehen seyn, so muß der Kläger zugleich um die Bestellung desselben bitten, wenn diejenigen es unterlassen haben sollten, denen die Pflicht dazu zunächst oblag[67]).

Jenem

65) *L. 43. D. h. t.* Arbitrum familiae erciscundae vel unus petere potest. Nam provocare apud iudicem vel unum heredem posse, palam est. Igitur et praesentibus caeteris et invitis, poterit vel unus arbitrum petere. Statt *praesentibus* wollen einige lieber *absentibus* lesen. S. *Rad.* FORNERIUS Rer. Quotidianar. Lib. V. c. 1. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. II. pag. 255.) *Gilb.* REGIUS Εναντιοφαν. iuris civ. Lib. I. cap. 16. (ibid. pag. 1487.) *Ger.* NOODT Commentar. ad Pand. h. t. (Tom. II. *Oper.* pag. 238.) und *Io. Guil.* HOFFMANN Meletemat. ad Pand. Disput. XI. ad Lib. X. §. 4. In den *Basilic.* Tom. V. Lib. XLII. Tit. 3. pag. 683. lautet die Stelle so: Ὁ εἷς κληρονόμος καὶ παρόντων καὶ ἀντιλεγόντων καὶ ἀπόντων τῶν ἄλλων, καλῶς κινεῖ τὸ τῆς διαιρέσεως δικαστήριον. i. e. *Arbitrium familiae erciscundae et praesentibus et contradicentibus, et absentibus caeteris vel unus recte petit.*

66) *L. 1. §. 2. L. 7. pr. D. de rebus eor. qui sub tut. vel cura sunt. L. penult. C. de praed. et aliis reb. minor.* VOET de fam. erciſc. Cap. XI. nr. 10. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 12. HOFACKER Princ. iur. civ. Tom. III. §. 3062. lit. A. THIBAUT Syst. 2. Bd. §. 730.

67) *L. 2. §. 3. D. Qui pet. tutor. L. 4. C. eodem. Ant.* FABER Cod. definit. forens. Lib. III. Tit. 27. Definit. 11. VOET c. l. nr. 11.

Jenem Grundsatz zu Folge kann auch weder ein Vertrag, wodurch der Miterbe auf die Theilung Verzicht leistete, noch ein Verbot des Testirers die Theilung hindern[68]). Nur dann ist ein solcher Vertrag, oder das Verbot des Testirers für gültig zu halten, wenn sie sich blos auf eine gewisse Zeit beschränken[69]); z. B. daß die Erbschaft so lange nicht getheilt werden solle, bis die auf den Gütern haftenden Schulden getilgt seyn würden. Doch würden auch in diesem Falle die Miterben mit ihren Einwendungen gegen die Verordnung des Erblassers billig zu hören seyn, wenn sie einen ihnen daraus entstehenden erheblichen Nachtheil, z. B. eine unbezweifelte Verletzung oder Beschwerung in dem ihnen gebührenden Pflichttheile zu zeigen im Stande seyn sollten[70]).

68) Arg. *L. 70. D. pro Socio L. 14. §. 2. D. Comm. divid. L. 5. Cod. eodem.* HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3065. Nr. IV. *Chr. Henr.* BREUNING Qu. iur. controv. an prohibitio patris in testamento de non dividenda hereditate cum matre coherede impediat divisionem. *Lipsiae 1772.*

69) *L. 14. §. 2. D. Comm. divid. L. 4. pr. D. de condit. institut.* S. Joh. Christ. Quistorps Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien 3. St. Nr. 1. oder Nr. 30. der neuern Ausgabe. Im *Code Napoleon* Art. 815. findet sich hierüber die merkwürdige Verordnung, daß der Vertrag, wodurch die Miterben unter sich verabreden, die Theilung noch eine gewisse Zeit lang auszusetzen, nicht über 5 Jahre verpflichtend seyn solle. Er kann jedoch von Zeit zu Zeit erneuert werden. S. ZACHARIAE Handbuch des französischen Civilrechts. 2. Bd. §. 353. Not. 3.

70) S. Quistorps angeführte Beyträge 3. Stück. Nr. 1. S. 8. f. und S. 10.

Eben so wenig steht endlich auch der Erbtheilungsklage die Einrede der Verjährung entgegen, wenn auch die Gemeinschaft noch so lang gedauert hätte, vorausgesetzt, daß sich die Miterben als solche anerkannten, und im gemeinschaftlichen Genusse der erbschaftlichen Güter sich befanden [71]). Hätte hingegen der zur Theilung aufgeforderte Beklagte die Erbschaft allein mit Ausschließung der übrigen dreyßig Jahre hindurch in der Meinung besessen, daß sie ihm ausschließlich gehöre, so kommt ihm allerdings die Verjährung zu statten [72]). Eben dieses würde auch in dem Falle Statt finden, wenn jeder Miterbe seit so langer Zeit einen abgesonderten Theil der Erbschaft in eigenem Namen besessen hätte, ohne daß eine Theilungsurkunde existirt [73]). Denn

71) S. VINNII Select. iuris Quaest. Lib. I. cap. 34. STRUVII Synt. iur. civ. Exercit. XV. §. 14. Westphals System der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten §. 706. b.

72) *L. 1. §. 1. Cod. de ann. except.* *Io.* VOET de familia erciſc. Cap. XV. nr. 2. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 3065. in fin. WESTENBERG Princip. iur. Rom. ſec. ord. Dig. h. t. §. 27. MALBLANC Princ. iur. Rom. Tom. II. h. t. §. 458. nr. III.

73) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 33. Hiermit stimmt auch der *Code Napoleon* Art. 816. überein. Jacob von Maleville behauptet zwar in seinem Commentar über das Gesetzbuch Napoleons, übersetzt von Wilh. Blanchard. 2. Band (Cöln 1808. 8.) 3. Buch. 1. Tit. S. 274. f. es sey durch diesen Artikel der vormalige Grundsatz des französischen Rechts, daß nach einem zehnjährigen abgesonderten Genuße die Vermuthung eintrete, es sey eine Theilung geschehen, nicht aufgehoben worden sey. Allein das Gegentheil haben gezeigt *I. B.* DELAPORTE et RIFFÉ-CAUBRAY dans les Pandectes Françaises Tom. VII.

(a *Pa-*

Denn ein schriftlicher Aufsatz ist ohnehin zu einer gültigen Theilung nicht erforderlich[74]).

Noch ist zu bemerken, daß wenn unter den Miterben einige unter einer Bedingung, andere aber unbedingt eingesetzt worden sind, zwar jene, so lange die Bedingung noch pendent ist, auf Theilung zu dringen nicht befugt sind, weil während dieser Zeit die Erbschaft noch nicht angetreten werden kann[75]); dahingegen sind letztere nicht gehindert, zur Theilung unter sich zu schreiten[76]). Es versteht sich jedoch, daß für den bedingt ernannten Miterben eine Sicherheit bestellt werde, damit ihm bey eintretender Bedingung kein Schaden zugefügt werde[77]). Denn die Theilung kann doch in diesem Falle nie anders, als der Rechte desselben unbeschadet, geschehen. Hierauf bezieht sich ohne Zweifel mit der Ausspruch des Ulpians, wenn er *L.* 2. §. 4. *D. h. t.* sagt: Dubitandum autem non est, quin familiae erciscundae iudicium et *inter pauciores heredes ex pluribus* accipi possit. Tritt die Bedingung nachher noch ein, so kann er nun seinen Erbantheil noch

(a *Paris* 1804.) Liv. III. Chap. 6. §. 313. p. 55. sq. und *Kar. Salom.* ZACHARIAE im Handbuch des französ. Civilrechts. II. Band. §. 353. Not. 2. S. 188.

74) *L.* 12. *Cod. h. t.* Westphal a. a. O. §. 705.

75) *L.* 13. *D. de acquir. vel omitt. hered.* HOFACKER Tom. III. §. 3062. nr. I.

76) VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 14. und de famil. ercis. Cap. XI. nr. 15.

77) Westphal in dem angef. System §. 695. und STRECKER Diss. cit. de act. familiae erciſc. §. 7.

an allen erbschaftlichen Sachen pro indiviso fordern[78]). Es ist hier das nämliche Verhältniß vorhanden, wie in dem Falle, da von zwey Miterben der eine bedingt, der andere unbedingt ernannt worden ist. Hier kann der letztere die Erbschaft antreten, und alle und jede erbschaftliche Klagen anstellen, nicht anders, als ob er der alleinige Erbe sey. Er muß aber nachher, wenn die Bedingung existirt, mit dem andern Miterben theilen, in welchem Falle ihm jedoch, wenn etwa die Erbschaft zu der Zeit, als der andere Miterbe sich meldet, noch in den Händen des Dritten sich befinden sollte, gegen welchen er die Erbschaft erstritten hat, die Wahl zusteht, ob er den neuen Miterben mittelst Abtretung der actio iudicati an den dritten Besitzer der Erbschaft verweisen, oder die Sache selbst mit ihm ausmachen wolle. Hierher gehört die Stelle des Venulejus, welcher *L.* 7. *D. h. t.* sagt: Si heres unus, cum sub conditione adjectum coheredem, aut apud hostes *adjectum eo*[79]) haberet, dixerit se heredem esse, et actione

78) Arg. *L.* 17. *Cod. famil. erciſc.* VOET de familia erciſc. Cap. XI. nr. 15.

79) Haloander lieſet hier für adjectum eo, *addictum*, und Brenkmann macht in dem Gebauerſchen *Corp. iuris* hier die Bemerkung, man ſolle die Worte: *adjectum eo* auf ſeine Gefahr nur geradezu ausſtreichen. Sie wären durch einen Fehler des Abſchreibers entſtanden. Allein mit Recht vertheidiget die Beybehaltung dieſer Worte *Io. Guil.* HOFFMANN in Meletemat. ad Pand. Diſſert. XI. ad Lib. X. §. 1. in fin. Das *eo* iſt hier ſoviel als *ei* oder *ſibi*, wie es zuweilen bey den Alten vorkommt. IENSIUS in Strictur. ad Rom. iuris Pandect. pag. 82. leitet es aus der fehlerhaften Ueberſetzung des Griechiſchen her, welches ſich auf die ſchon mehrmals bemerkte Grille dieſes Philologen bezieht, worüber ich kein Wort mehr verlieren will.

actione expertus *vicerit* [80]), deinde conditio heredis extiterit, vel poſtliminio redierit: an victoriae commodum debeat cum eo communicari? nam indubitate iudicati actio ei in ſolidum competit. Et electionem coheredi dandam, id eſt, aut communicandam eam, aut experiundi faciendam poteſtatem huius, qui poſt victoriam coheredis effectus ſit heres, aut reverſus ſit in civitatem [81]). Idemque obſervandum, ſi poſtea natus

will. Nur das muß ich hier noch bemerken, daß das *eo* in unſerm Cod. Pand. membran. Erlang. nicht ſteht. Es fehlt auch in der Ausgabe des Baudoza.

80) Hier iſt anzunehmen, daß die Erbſchaftsklage gegen einen dritten Beſitzer der Erbſchaft war angeſtellet worden, gegen welchen der Prozeß zwar gewonnen worden iſt, in deſſen Händen ſich aber die Erbſchaft noch befindet. S. Weſtphals Syſtem von den einzelnen Vermächtnißarten. §. 406. a.

81) Mit Unrecht tadelt Weſtphal a. a. O. S. 419. den *Ant.* FABER, wenn dieſer in Rational. ad h. L. dieſe Worte von dem obſiegenden Theile verſteht, daß nämlich dieſem die Wahl geſtattet werde, den neuen Erben an den dritten Beſitzer zu verweiſen, oder die Sache mit ihm ſelbſt auszumachen. Daß die Worte *electionem coheredi dandam* von dem Obſieger zu verſtehen ſind, beweißt nicht nur der ganze Zuſammenhang der Rede, ſondern dieſe Erklärung beſtärken auch inſonderheit die *Baſilica* Tom. V. Lib. XLII. Tit. 3. pag. 667. wo ſie ſo lauten: Ἐὰν ἔχων ὑπὸ ἄιρεσιν, ἢ παρὰ τοῖς πολεμίοις, ἢ κυοφορουμενον συγκληρονόμον ἐναγάγω, μόνον ἐμαυτὸν εἰπὼν κληρονὸμον, καὶ νικήσω, μόνος ἔχω τὴν ἐκ τῆς ψήφου βοήθειαν. ἐπιλογὴν δὲ ἔχω ἢ κοινοποιῆσαι αὐτὴν μετὰ τὲ συγκληρονόμου, ἢ παρασχεῖν αὐτῷ ἄδειαν ἐναγαγεῖν. οὔτε γὰρ οὗτοι διὰ τῆς σιωπῆς βλάπτονται. μετὰ γὰρ τὴν ψῆφον ἦλθον πρὸς τὸν κλῆρον. i. e. *Si cum*

ſub

natus sit postumus: non enim his personis silentium imputari potest, cum ad hereditatem post victoriam coheredis pervenerint.

§. 728.

Gegen wen findet die Erbsonderungsklage Statt? Wie wenn der Miterbe abwesend ist?

Die actio familiae erciscundae kann nur gegen einen Miterben angestellet werden, wenn er auch von der Erbschaft gar nichts besitzt. Paulus sagt ausdrücklich *L.* 25. §. 2. *D. h. t.*

Quantum vero ad accipiendum familiae erciscundae iudicium, nihil interest, *possideat quis hereditatem, nec ne* [82]).

Denn

sub conditione, aut apud hostes aut postumum adjectum coheredem haberem, dixero, me solum heredem esse, et actione expertus vicero, solus habeo sententiae commodum: electio autem mihi datur, ut vel actionem iudicati cum coherede communicem, vel experiundi potestatem faciam: nec enim eis silentium nocet: nam post sententiam ad hereditatem pervenerunt. Auch der griechische Scholiast hat bey den Worten *experiundi potestatem* pag. 697. die richtige Bemerkung gemacht, welche ich hier nur nach der lateinischen Uebersetzung des Fabrotus hersetzen will: *id est, an velit communicare cum eo actionem iudicati adversus victum, an secum, quasi solo herede, agendi potestatem ei, qui heres apparuit, facere.*

82) In den Basiliken Lib. XLII. Tit. 3. Const. 25. §. 1. pag. 675. lautet diese Stelle eben so: Καὶ ὁ μὴ νεμόμενος τὴν κληρονομίαν, δυνάται κινεῖν τὸ τῆς διαιρέσεως δικαστήριον. Westphal hat daher Unrecht, wenn er in dem angeführten System §. 702. behauptet, die *Basilica* hätten diese Stelle fälschlich von dem Kläger verstanden. Fabrot hat sie nur nicht richtig übersetzt.

Denn es kann seyn, daß der Kläger die Erbschaft ganz allein besitzt, und nicht länger in der Gemeinschaft zu bleiben Lust hat, der Beklagte aber die Theilung nicht geschehen lassen will. Hierdurch unterscheidet sich diese Klage von der Erbschaftsklage, welche nur immer gegen den Besitzer anzustellen ist.

Ist ein Miterbe abwesend, so kann dies die gegenwärtigen Miterben nicht hindern, dennoch zur Theilung der Erbschaft zu schreiten. Es kann indessen freylich die geschehene Erbtheilung dem Abwesenden, der davon nicht benachrichtiget worden ist, keinesweges präjudiciren, sondern es bleibt ihm sein Antheil pro indiviso an allen erbschaftlichen Sachen vorbehalten. Er kann deswegen mit der actione familiae erciscundae oder mit der hereditatis petitione, je nachdem sie ihn entweder für einen Miterben anerkennen, oder nicht, gegen die übrigen Miterben klagen, wenn auch gleich dieselben zu seinem Nachtheil Sachen, die zur Erbschaft gehören, an einen Dritten veräußert hätten [83]).

L. 17. *Cod. h. t.* Coheredibus divisionem inter se facientibus, iuri absentis et ignorantis minime derogari, *ac pro indiviso portionem eam, quae initio ipsius fuit, in omnibus communibus rebus eum retinere*, certissimum est. Unde portionem tuam cum reditibus *arbitrio familiae erciscundae* percipere potes, ex facta inter coheredes divisione nullum praeiudicium timens.

L. 44. §. 2. *D. h. t.* Si coheredes, absente uno coherede, rem vendiderunt, et in ea re dolo malo fecerunt,

83) S. MEVIUS Part. IV. Decis. 398. und *Hubert.* GIPHANIUS in Explanat. difficilior. LL. Cod. Lib. III. pag. 179.

cerunt, quo plus ad eos perveniret; vel *familiae erciscundae iudicio* praestabunt ei, qui abfuit, vel *hereditatis petitione* [84]).

Soll daher die Erbtheilung unangefochten bleiben, so muß der Abwesende, wenn man seinen Aufenthalt weiß, besonders dazu citirt werden, entweder selbst, oder durch einen hinlänglich Bevollmächtigten dabey zu erscheinen. Weiß man hingegen seinen Aufenthalt nicht, und er kann auch durch Edictalcitation nicht ausfindig gemacht werden, so können die gegenwärtigen Miterben bitten, daß dem Abwesenden ein Curator von Obrigkeitswegen bestellet werde. Hat dieser alsdann in die Theilung und Veräußerung eingewilliget, so ist sie auch in Ansehung des Abwesenden für gültig und rechtsbeständig zu halten [85]). Sollte indessen

84) VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 12. versteht diese Worte so, daß mit der hereditatis petitione gegen den dritten Besitzer der veräußerten erbschaftlichen Sachen geklagt werden könne. Allein Westphal in dem angef. System §. 697. versteht sie richtiger von dem Falle, wenn die übrigen Miterben dem Abwesenden kein Miterbrecht zugestehen wollen. Daß hier von einem solchen Falle die Rede sey, wo die Erbschaftsklage gegen die Miterben anzustellen ist, bestärken auch die Basiliken, in welchen Tom. V. pag. 683. die Stelle so lautet: Ἐὰν ἀπόντος τοῦ ἑνὸς κληρονόμου οἱ λοιποὶ πωλήσωσι πράγματα, δὲ κατὰ δόλον κερδανώσιν, ἀπαιτεῖ αὐτοὺ ἡ διὰ τῆς τοῦ κλήρου ἀπαιτήσεως, ἢ διὰ τῆς τοῦ κλήρου διαιρέσεως. i. e. *Si abſente uno coherede, caeteri res vendiderint, et dolo malo quid lucrifecerint, adverſus eos vel petitione hereditatis, vel familiae erciſcundae agit.* Man vergleiche noch *L.* 20. *C. h. t.* und Westphal im angef. System §. 700.

85) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 12. in fin. und MÜLLER ad STRUVII Synt. iur. civ. Exercit. XV. Th. 4. not. δ.

indessen der Abwesende eine erweisliche Läsion dabey erlitten haben, so bleibt ihm immer noch übrig, gegen die vorgenommene Theilung die restitutio in integrum ex capite absentiae zu suchen, wenn die Bedingungen der Restitution überhaupt vorhanden sind, und er von seinem Curator keine Entschädigung erhalten kann [86]).

Da übrigens die Erbtheilungsklage ein iudicium duplex ist, so können beyde Theile eben sowohl Kläger als Beklagter seyn [87]). Hat nämlich der Kläger den bisherigen Besitz und die Administration der Erbschaft gehabt, so kann der Beklagte Ablegung der Rechnung und Ersatz der verursachten Schäden fordern. Bey der Erbschaftsklage fordert der Kläger dies nur von dem Beklagten, es würde ungereimt seyn, wenn der Beklagte dies von dem Kläger fordern wollte [88]). Auch in dem Falle ist jeder Theil Kläger und Beklagter, wenn jeder Etwas von der gemeinschaftlichen Erbschaft besitzt, und dasselbe zu theilen sich weigert [89]). Eben deswegen, weil die Erbtheilungsklage ein iudicium duplex ist, sollen beyde Theile einen doppelten Eid für Gefährde schwören, nämlich sowohl den, nicht aus Schikane Klage zu erheben, als auch den, nicht aus Schikane zu läugnen, weil man bey den Theilungsklagen, mehr, wie bey andern Klagen, Schikane besorgte. Paulus

86) WERNHER Select. Observat. for. Tom. II. Part. VII. Obs. 20. Die Klage gegen den Curator ist die *utilis curatelae actio directa*. S. BARDILI Disp. de curatore bonorum absentis. §. 45.

87) *L. 2. §. 3. D. h. t.*

88) S. GASSER Diss. de iudicio duplici. §. 20.

89) S. Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen. 3. Band §. 626.

lus lehrt dieses ausdrücklich *L.* 44. §. 4. *D. b. t.* wo er sagt:

Qui familiae erciscundae, et communi dividundo, et finium regundorum agunt, et actores sunt et rei: et ideo iurare debent, non calumniae causa litem intendere, et non calumniae causa ad inficias ire[90]).

§. 729.

Gegenstand der Klage. Verschiedenheit der bey der Auseinandersetzung einer Erbschaft vorkommender Streitigkeiten. Erfordernisse zur Berichtigung der zu vertheilenden Erbmasse.

Der Gegenstand der Erbtheilungsklage ist eine gemeinschaftliche Erbschaft, und zwar kann die Klage entweder der ganzen noch ungetheilten Erbschaft wegen, oder eines noch ungetheilten Theils derselben, oder auch einzelner noch zu vertheilender Stücke wegen erhoben werden.

L. 32. *D. b. t.* Quae pater inter filios non divisit, post datas actiones vice divisionis[91]), ad singulos pro heredi-

90) Viele halten diese Stelle für interpolirt, weil sie glauben, Justinian habe diese Eide erst eingeführt. *L.* 2. *C. de iureiur. propt. calumn.* S. *Theod. Regn. de* BASSENN in lib. de iureiurando Vet. inprimis Romanor. Cap. IV. §. 19. pag. 232. und *Io. Iac.* WISSENBACH Emblemata Triboniani Cap. II. pag. 31. (edit. *Hal.* 1736. 8.) Allein ohne hinlänglichen Grund, wie *Corn. van* BYNCKERSHOEK Observation. iur. Rom. Lib. VII. cap. 9. *Io.* WYBO in Triboniano ab Emblematib. Wissenbachii liberato Cap. II. §. 8. pag. 262. ECKHARD in Hermeneutica iuris Lib. I. §. 246. Not. *) und Westphal in dem angef. System §. 675. gezeigt haben.

91) *Post datas actiones vice divisionis* übersetzt Westphal im angef. System §. 687. noch anhängig gewordener Klage zum Behuf

hereditaria portione[92]) pertinent: modo ſi caetera, quae non diviſit, in unum generaliter non contulit, vel res datas non ſequuntur[93]). Das heißt, Sachen, welche der Vater unter ſeine Kinder nicht vertheilt hat, ſind, nach dem Verhältniß ihrer Erbportionen, unter ſie zu vertheilen; ſie müſſen nur nicht etwa einem Kinde als ein Prälegat beſtimmt, oder als Zubehörungen der ſchon vertheilten Sachen anzuſehen ſeyn.

L. 1. *Cod. eodem.* Si non omnem paternam hereditatem ex conſenſu diviſiſti: nec ſuper ea re ſententia dicta, vel transactio ſubſecuta eſt: iudicio familiae erciſcundae experiri potes.

L. 21.

Behuf der Theilung. Allein *actiones* ſind hier nomina, und alſo die Worte vielmehr ſo zu erklären: *poſt nomina, quae pater in bonis habebat, diviſionis vice liberis aſſignata.* S. POTHIER Pandect. Iuſtinianeae Tom. I. h. t. Nr. LIV. not. a. pag. 312. In den *Baſilic.* Tom. V. Lib. XLII. Tit. 3. pag. 680. ſind dieſe Worte gar nicht überſetzt. Die ganze Stelle lautet daſelbſt ſo: Εαν̀ τινα κατέλιπεν ὁ πατὴρ ἀδιαίρετα, διαιροῦνται αὐτὰ οἱ παῖδες· εἴγε μὴ τὰ ἀδιαίρετα ἐληγάτευσεν ἑνὶ, ἢ παρακολουθοῦσι τοῖς διαιρεθεῖσιν. i. e. *Si pater quaedam indiviſa reliquerit, liberi ea dividunt, modo ſi, quae non diviſit, uni non legavit: vel res diviſas non ſequuntur.*

92) *Pro hereditaria portione* erklärt HUBER in Praelect. ad Pand. h. t. §. 8. von den Theilen, die der Vater gemacht hat. Allein es iſt vielmehr von Inteſtaterbtheilen die Rede. Denn die Vertheilung der Güter unter die Kinder hinderte in Anſehung der ungetheilten Stücke die Inteſtaterbfolge nicht. *L.* 21. *C. h. t.* S. Weſtphals angef. Syſtem §. 686.

93) *Res datas non ſequuntur* i. e. quae non ſunt acceſſio et ſequela rerum heredibus adſcriptarum, wie es *Pet.* MARTRESIUS in Notis in aliquod ICtorum reſponſa. Cap. 21. (in Tom. VI. *Theſ. Meerman.* pag. 730.) richtig erklärt.

L. 21. *C. eod.* Si, cogitatione futurae ſucceſſionis, officium arbitri, dividendae hereditatis, praeveniendo, pater communis iudicio ſuo, qualicunque iudicio ſuam declaraverit voluntatem: inter eos, qui ei ſucceſſerunt, exemplo Falcidiae retentionis habita ratione, familiae dividendae cauſa datus arbiter: *pro virili praeterea portione eorum* [94]), *quae nulli generaliter adſignavit, facta diviſione, in adiudicando patris ſequetur voluntatem.*

L. 10. *Cod. Communia utriusque iudic.* Scriptura teſtamenti, qua ſpecialiter omnia diviſa continentur, quominus res, quarum teſtator non fecit mentionem, heredes inquirere poſſint, nihil impedit.

Nur denn fällt die Erbtheilungsklage ganz weg, wenn alles getheilt, und nichts mehr vorhanden iſt, was zur Gemeinſchaft gehört.

L. 9. *C. Commun. utriusq. iud.* Familiae erciſcundae vel communi dividundo iudicio ita demum, *ſi corpora maneant communia*, agi poteſt.

Sie

94) *Pro virili portione eorum* iſt von dem Inteſtaterbtheil der Kinder zu verſtehen, wie aus der Vergleichung der Baſiliken erhellet. Da lauten die Worte Tom. V. pag. 693. ſo: Ἐὰν ὁ πατὴρ τῶν ἰδίων πραγμάτων διείλέ τινα μεταξὺ τῶν παίδων, τινὰ δὲ μὴ διελὼν ετελούτησεν ἀδιάθετος, ἢ καὶ διαθέμενος, ὁ δικαςὴς τὰ μὲν διαιρεθέντα, ὡς ἐμέρισεν ὁ πατὴρ· τὰ δὲ ἀδιαίρετα, πρὸς αναλογιαν τῶν νομίμων μερῶν ὀφείλει διαιρεῖν: i. e. *Si pater quasdam ex rebus ſuis inter liberos diviſerit, quibusdam non diviſis, inteſtato, vel facto teſtamento deceſſerit, arbiter diviſa quidem, ſicut ea diviſit pater, indiviſa vero pro rata legitimae portionis diſtribuere debet.*

Sie kann, wenn sie einmal angestellt gewesen, nicht wiederholt werden. Denn sie ist eine actio universalis. Sollten sich auch nachher noch einige zur Erbschaft gehörige Sachen finden, die bey der gerichtlichen Theilung zurückgeblieben waren, so kann derentwegen die Erbtheilungsklage nicht noch einmal angestellet werden, sondern es findet deswegen nur noch die *actio communi dividundo* Statt.

L. 20. §. 4. *D. h. t.* Familiae erciscundae iudicium [95]) amplius, *quam semel*, agi non potest, nisi causa cognita. Quodsi quaedam res indivisae relictae sunt, communi dividundo de his agi potest.

Nur der Fall ist auszunehmen, wenn ein abwesender Miterbe bey der Theilung ganz vergessen worden war. Dieser kann, der gerichtlichen Theilung ungeachtet, actione familiae erciscundae klagen [96]).

Sind mehrere Erbschaften unter einerley Partheyen gemeinschaftlich, so kann wegen derselben, wenn sie ihnen auch aus verschiedenen Gründen zustehen, einerley Klage gebraucht, und sie können zusammen in einerley Prozeß gezogen werden. Dieses findet sogar auch dann Statt, wenn bey einer der gemeinschaftlichen Erbschaften noch ein Dritter, als Miterbe, interessirt wäre, wie aus folgender Stelle erhellet.

L. 25.

95) Baudoza liefet *iudicio*. Unser Cod. Pand. membran. hat, wie der Florentinische, *iudicium*.

96) *L.* 44. §. 2. *D. h. t.* *L.* 17. *C. eod.* Von einem solchen Falle ist vielleicht *L.* 20. §. 4. *D. h. t.* zu verstehen, wo es heißt, daß die Erbtheilungsklage, causa cognita, wiederholt werden könne. S. voet h. t. §. 12.

L. 25. §. 3. *et* 4. *D. h. t.* De pluribus hereditatibus, quae inter eosdem ex diverſis cauſis communes ſint, unum familiae erciſcundae iudicium ſumi poteſt. — Si inter me et te Titiana hereditas communis ſit, inter me autem et te et Titium Seiana, poſſe unum iudicium accipi inter tres, POMPONIUS ſcribit.

In dieſem Falle hat jedoch der Richter beſonders darauf zu ſehen, daß alle Verwirrung vermieden werde. Es iſt daher zweckmäßig, jeden der verwickelten Puncte in beſondern Schriften verhandeln zu laſſen. Bey unbedeutendern Objecten folgt er der Analogie von Klagenhäufungen, um nur ſoviel in einer Handlung laufen zu laſſen, als ohne Verwirrung geſchehen kann[97]).

Außerdem, daß die Erbtheilungsklage eine oder auch mehrere gemeinſchaftliche Erbſchaften zum Gegenſtande haben kann, können auch die bey der Auseinanderſetzung der Miterben entſtehenden Streitigkeiten von ſehr verſchiedener Art ſey. Sie können entweder

1) die Ausmittelung und Richtigſtellung der Maſſe ſelbſt betreffen, und entweder über die Collationsverbindlichkeit und den Betrag der Conferenden, oder über Verheimlichung der zur Erbſchaft gehörigen Stücke, oder über die Adminiſtrationsrechnung, wenn etwa ein Miterbe die Erbſchaft ganz oder zum Theil verwaltet hat, oder über Herſtellung eines ordnungsmäßigen Inventariums entſtehen.

Ehe

97) S. Gönners Handbuch des gemeinen Prozeſſes 4. Band. Nr. LXXVI. §. 5. S. 158.

Ehe nämlich zur Theilung geschritten werden kann, ist es nöthig, daß zuvörderst die Erbmasse berichtiget, das heißt, der ganze Betrag der Erbschaft bestimmt ausgemittelt werde[98]). Dies beruhet auf folgenden Stücken.

I. Es muß alles, was zur Erbmasse gehört, herbeygezogen werden. Aus diesem Grunde muß

1) dasjenige, was ein Miterbe, oder sonst Jemand aus der Erbschaft an sich genommen, und bey Seite geschafft hatte, zur Masse zurückgeliefert werden[99]). Hierzu dient der Manifestationseid, welcher, ohne weitere besondere Bescheinigung der Verdachtsgründe, von allen denjenigen gefordert werden kann, die kurz vor oder nach dem Tode des Erblassers in dem Hause desselben sich aufhielten, und leicht etwas an sich nehmen konnten[100]).

2) Wenn die Miterben Descendenten des verstorbenen Erblassers sind, so ist die Collation dessen, was jedes Kind von dem verstorbenen Ascendenten bey dessen Leben schon erhalten hat, zur Berichtigung der unter sie zu vertheilenden Erbmasse vorzüglich nöthig[1]). Es gründet sich diese Pflicht zur Collation unter Descendenten auf die Vermuthung, daß der verstorbene Ascendent wegen der gleichen

98) Man vergleiche hier vorzüglich Westphals System von den einzelnen Vermächtnißarten. §. 734. ff.

99) *L. 3. Cod. h. t.*

100) *L. ult. §. 10. Cod. de iure delib.* MALBLANC Doctrina de iureiurando §. 48. pag. 168. sqq. und LANGSDORF de iuramento manifestationis. (*Marburgi et Giessae 1784.* 8.) §. 19.

1) *L. 20. pr. D. h. t. L. 12. L. 16. 17. 18. et 19. Cod. de Collat.*

Liebe, welche die Eltern gegen ihre Kinder haben, keines derselben vorzüglich habe begünstigen wollen [2]). Zur Zeit der Pandecten hatte zwar bey der Testaments-Erbfolge der Kinder in das Vermögen des verstorbenen Vaters keine Collation Statt [3]), insofern nicht der Erblasser die Einwerfung ausdrücklich befohlen hatte [4]). Justinian selbst hatte diesen Grundsatz gebilliget [5]). Allein er war es auch, der ihn in der Folge abänderte, und ganz allgemein verordnete, daß Descendenten ohne Unterschied, sie mögen als Intestat- oder Testamentserben succediren, dasjenige, was jeder derselben von dem Erblasser bey dessen Lebzeiten erhalten hat, einwerfen, oder sich auf ihren Erbtheil sollen anrechnen lassen [6]). Die Collationsverbindlichkeit fällt jedoch weg, wo die Gesetze davon befreyen, wohin z. B. dasjenige gehört, was der Vater den Söhnen zum peculio castren-

2) Man vergleiche hier vorzüglich Carl Pfizer über die Collation der Descendenten. Stuttgard 1807. 8.

3) *L. 35. D. fam. erciſc. L. 1. §. 6. D. de collat. bon. L. 6. D. de dot. collat.* Westphal in dem angef. System. §. 754. Pfizer in der angef. Schrift §. 11.

4) *L. 1. Cod. de collat.*

5) *L. ult. Cod. Commun. utriusque iudicii.* Man sehe über dieses Gesetz Westphals System §. 755.

6) *Nov. XVIII. cap. 6.* — Nos ſancimus, ne talis praeſumtio ullo modo locum habeat: ſed *ſive quis decedat inteſtatus, ſive teſtatus*, (quoniam incertum eſt, oblitusne eorum, quae data ſunt, an perturbatione mortis preſſus mentionem illius rei non fecerit) omnino collatio aequaliter fiat; *niſi ille expreſſe diſpoſuerit, ſe collationem fieri nolle, ſed eum, qui a lege conferre cogitur, habere et id quod datum eſt, et iuribus teſtamento delatis frui.*

caſtrenſi[7]) oder zum Studiren gegeben hat[8]). Sie fällt ferner auch denn weg, wenn der verſtorbene Aſcendent die

7) *L. 4. Cod. h. t. L. ult. Cod. de collat.*

8) Die *L. 50. D. h. t.* redet zwar eigentlich nicht von einer Befreyung der Studierkoſten von der Verbindlichkeit zur Collation, ſo wie nämlich die letztere zu Ulpians Zeiten beſchaffen war, wo blos der emancipirte Deſcendent in dem Falle, da er durch ſeine Concurrenz, als prätoriſcher Erbe, dem Suo ſchadete, ſein eigenes Vermögen conferirte, was er nach der Emancipation erworben hatte. Denn in Beziehung auf dieſe, wäre die Frage von einer Collationsverbindlichkeit de lana caprina geweſen, weil, wenn auch die Studierkoſten, welche der Vater ſeinem emancipirten Sohne geſchickt hatte, als ein Anlehn zu betrachten wären, dennoch bekannt iſt, daß bey der ältern Collation die Emancipirten ihre Schulden an ihrer Activ-Vermögens-Maſſe in Abzug bringen konnten, ehe ſie conferirten. *L. 2. §. 1. D. de collat.* Es muß alſo nach dieſer Anſicht offenbar ein ſolcher Fall zum Grunde geſetzt werden, wo die Collation nicht eintrat, ſondern entweder ex teſtamento ſuccedirt wurde, oder blos emancipirte Deſcendenten die Erben waren. Nun erſt konnte die Entſcheidung ein Intereſſe haben, daß die Studierkoſten dem emancipirten Sohne auf ſeinen Erbtheil nicht angerechnet werden dürfen, weil die Pietät des Vaters für den Sohn ſpreche, wofern nicht das Gegentheil erwieſen werden könne, daß nämlich der Vater ſie bloß als ein wieder zu erſtattendes Anlehn an den Sohn gewendet habe. S. Pfizer a. a. O. §. 123. Da indeſſen nach dem neuern Collationsinſtitut, ſo wie ſolches vom Kr. Leo *L. 17. C. de collat.* gebildet, und von K. Juſtinian erweitert worden iſt, jeder, als Inteſtat oder Teſtamentserbe, ſuccedirende Deſcendent, er ſey emancipatus oder ſuus, dasjenige, was er von dem verſtorbenen Aſcendenten erhalten hat, conferiren muß, ſo läßt ſich hierauf die Entſcheidung der *L. 50. D. h. t.* jetzt vollkommen anwenden. Daher iſt auch dieſelbe in die *Baſilica* Tom. V. Lib. XLII. Tit. 3. pag. 686. aufgenommen worden.

Collation unter seinen Descendenten verboten hat [9]), welches nach der richtigern Meinung auch stillschweigend geschehen kann, wenn dieser Wille durch concludente Handlungen hinlänglich erklärt worden ist [10]). Es wird hiervon in dem Titel *de collatione bonorum* zu seiner Zeit ausführlicher gehandelt werden.

3) Um die Erbmasse zu berichtigen, muß endlich auch aller Zuwachs, den die Erbschaft seit dem Tode des Erblassers erhalten hat, desgleichen die aus der Erbschaft, sowohl vor als nach der Antretung derselben, erhobenen Früchte und gezogenen Nutzungen; nicht minder der Betrag des von dem einen oder andern Miterben etwa zugefügten Schadens berechnet werden [11]). Es hat auch keinen Zweifel, daß dasjenige zur Theilung gehöre, wovon der Nachlaß erst um des Erblassers Willen das Eigenthum erlangt hat; z. B. diejenigen Sachen, welche zwar der Erblasser noch gekauft hatte, die aber erst nach dessen Tode seinen Erben übergeben worden sind, oder wovon der Erblasser die Verjährung nur angefangen, die Erbschaft aber solche erst vollendet hat [12]).

II. Es

9) *Nov. XVIII. cap. 6.*

10) Man sehe hier vorzüglich Pfizer über die Collation der Descendenten §. 174. u. ff.

11) *L. 16. §. 3. et 4. D. h. t. L. 19. L. 44. §. 3. L. 56. D. h. t. L. 9. et L. 19. Cod. eodem. L. 4. Cod. Commun. utriusq. iudic.* S. Westphal §. 782—788.

12) *L. 9. D. h. t.* Veniunt in hoc iudicium res, quas heredes usuceperunt, cum defuncto traditae essent. Hae quoque res, quae heredibus traditae sunt, cum defunctus emisset.

II. Es muß alles, was nicht zur Erbschaft gehört, davon abgesondert werden, ehe es zur Theilung kommen kann. Dahin gehören die Legate und Prälegate, weil nur das, was die Miterben, als solche, von einander zu fordern haben, zur Erbtheilungsmasse gehört [13]). Abzusondern ist ferner das Eingebrachte der Ehefrau, das eigene Vermögen der Kinder, desgleichen was ein Miterbe vermöge eines besondern Titels als alleiniges Eigenthum besitzt, wenn er auch diese Sachen von dem Erblasser selbst durch Kauf oder Schenkung erhalten hätte [14]).

III. Es muß über den zu vertheilenden Nachlaß ein vollständiges Inventarium errichtet werden [15]). Auf dieses gründet sich nachher die ganze Erbtheilung. Ist daher dasselbe nicht richtig aufgenommen, so kann ganz natürlich auch die Theilung nicht richtig ausfallen. Man ver-

13) *L. 4. L. 20. §. 9. L. 25. §. 22. L. 35. D. h. t.* S. Westphal §. 743. ff. VOET Comm. h. t. §. 8. Das Prälegat kann auch ein Legatum liberationis seyn. *L. 42. D. h. t.* Ist die prälegirte Sache von dem Erblasser verpfändet worden, so muß sie zuvörderst auf gemeine Kosten der Erbschaft eingelößt, und auf solche Art dem Miterben, dem sie prälegirt worden, überlassen werden. *L. 28. D. h. t.* Rem pignori creditori datam, si per praeceptionem legaverit testator: officio iudicis continetur, ut ex communi pecunia luatur, eamque ferat is, cui eo modo fuerit legata.

14) *L. 25. §. 7. et 8. D. h. t.* S. Westphal §. 741. und §. 742.

15) Hiervon handelt ausführlich VOET de familia erciscunda. Cap. 3. vorzüglich aber Fried. Rullmann in dem Versuch einer Anweisung zu dem Inventur- und Theilungsgeschäfte. Frankfurt am Mayn 1789. 4.

steht unter dem Inventarium eine unter gerichtlicher Aufsicht geschehene genaue und specificirte Aufzeichnung aller sowohl zum Activ- als Passivvermögenszustande gehörigen Stücke. Hierzu müssen alle diejenigen vorgeladen werden, welche dabey interessirt seyn können. Sind unmündige Interessenten darunter, so müssen denselben Vormünder bestellt, und diese hinzugezogen werden [16]).

IV. Es müssen die erbschaftlichen Sachen taxirt werden, welches durch sachverständige Personen geschieht, die auf das Taxiren verpflichtet sind, oder noch besonders auf die richtige Taxation verpflichtet werden müssen [17]). Diese Taxe muß von jeder Sache nach dem gemacht werden, was die Sache noch ungetheilt und im Ganzen werth ist [18]). Bey Grundstücken kann der Werth, wenn sich die Miterben darüber nicht vereinigen können, per modum subhastationis voluntariae ausgemittelt werden [19]). Werden die Erbgrundstücke bey der Theilung taxirt, so geschieht der Anschlag, nach dem Ertrage der jährlichen Einkünfte, ordentlicher Weise nur zu drey Procent, weil der Anschlag unbe-

16) S. Fried. Rullmanns angeführten Versuch. 1. Theil. §. 19.

17) Rullmann in dem angef. Versuche §. 25.

18) *L. 52. §. 3. D. h. t.* Cum familiae erciscundae agitur, *universae res aestimari debent*, non singularum rerum partes. S. Westphal §. 817.

19) von Trützschler Anweisung zur vorsichtigen und förmlichen Abfassung rechtl. Aufsätze insonderheit über Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit. 1. Th. 3. Hauptabth. 4. Hauptst. §. 22. S. 528.

unbeweglicher Güter im Zweifel immer nach dem Mittelwerthe einzurichten ist [20]).

Die bey der Auseinandersetzung einer Erbschaft vorkommenden Streitigkeiten können hiernächst

2) auch die Art der Theilung betreffen, ob nämlich selbige durch das Loos geschehen, ob einem der Miterben dabey ein Vorwahlsrecht zustehen, oder ob einem der Miterben die Güter allein nach einer gewissen Taxe zugeschlagen werden sollen? die hier eintretenden Grundsätze werden in den folgenden Paragraphen vorkommen.

3) Kann auch über die Berechnung der Antheile selbst, und deren Anweisung ein Streit entstehen.

Der Richter lasse sich's hier vorzüglich angelegen seyn, durch Vernehmung der Interessenten genau herzustellen, welche von diesen Puncten unter denselben streitig sind, um das Streitige von dem Unstreitigen abzusondern, und über das Streitige allein die Verhandlungen zweckmäßig einzuleiten. Werden mehrere streitige Puncte zugleich verhandelt, so ist genaue Sonderung in Einleitung der Verhandlungen hauptsächlich nöthig, um alle Verwirrungen in der Verhandlung und in der Rolle der Interessenten zu verhüten. Jeder streitige Punct ist als Klage zu betrachten, wobey dem in Anspruch genommenen Interessenten das letzte Wort gebührt. Jeder Punct erfordert, als besonderer Streitgegenstand, eine besondere Entscheidung, und diese Eigenschaft bleibt unverändert, wenn auch mehrere

20) S. Joh. Ge. Estors Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprozesses 3. Th. herausgegeben von Burchardi §. 54. S. 22. f.

steht unter dem Inventarium eine unter gerichtlicher Aufsicht geschehene genaue und specificirte Aufzeichnung aller sowohl zum Activ- als Passivvermögenszustande gehörigen Stücke. Hierzu müssen alle diejenigen vorgeladen werden, welche dabey interessirt seyn können. Sind unmündige Interessenten darunter, so müssen denselben Vormünder bestellt, und diese hinzugezogen werden [16]).

IV. Es müssen die erbschaftlichen Sachen taxirt werden, welches durch sachverständige Personen geschieht, die auf das Taxiren verpflichtet sind, oder noch besonders auf die richtige Taxation verpflichtet werden müssen [17]). Diese Taxe muß von jeder Sache nach dem gemacht werden, was die Sache noch ungetheilt und im Ganzen werth ist [18]). Bey Grundstücken kann der Werth, wenn sich die Miterben darüber nicht vereinigen können, per modum subhastationis voluntariae ausgemittelt werden [19]). Werden die Erbgrundstücke bey der Theilung taxirt, so geschieht der Anschlag, nach dem Ertrage der jährlichen Einkünfte, ordentlicher Weise nur zu drey Procent, weil der Anschlag unbe-

16) S. Fried. Rullmanns angeführten Versuch. 1. Theil. §. 19.

17) Rullmann in dem angef. Versuche §. 25.

18) *L. 52. §. 3. D. h. t.* Cum familiae erciscundae agitur, *universae res aestimari debent*, non singularum rerum partes. S. Westphal §. 817.

19) von Trützschler Anweisung zur vorsichtigen und förmlichen Abfassung rechtl. Aufsätze insonderheit über Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit. 1. Th. 3. Hauptabth. 4. Hauptst. §. 22. S. 528.

unbeweglicher Güter im Zweifel immer nach dem Mittelwerthe einzurichten ist [20]).

Die bey der Auseinandersetzung einer Erbschaft vorkommenden Streitigkeiten können hiernächst

2) auch die Art der Theilung betreffen, ob nämlich selbige durch das Loos geschehen, ob einem der Miterben dabey ein Vorwahlsrecht zustehen, oder ob einem der Miterben die Güter allein nach einer gewissen Taxe zugeschlagen werden sollen? die hier eintretenden Grundsätze werden in den folgenden Paragraphen vorkommen.

3) Kann auch über die Berechnung der Antheile selbst, und deren Anweisung ein Streit entstehen.

Der Richter lasse sich's hier vorzüglich angelegen seyn, durch Vernehmung der Interessenten genau herzustellen, welche von diesen Puncten unter denselben streitig sind, um das Streitige von dem Unstreitigen abzusondern, und über das Streitige allein die Verhandlungen zweckmäßig einzuleiten. Werden mehrere streitige Puncte zugleich verhandelt, so ist genaue Sonderung in Einleitung der Verhandlungen hauptsächlich nöthig, um alle Verwirrungen in der Verhandlung und in der Rolle der Interessenten zu verhüten. Jeder streitige Punct ist als Klage zu betrachten, wobey dem in Anspruch genommenen Interessenten das letzte Wort gebührt. Jeder Punct erfordert, als besonderer Streitgegenstand, eine besondere Entscheidung, und diese Eigenschaft bleibt unverändert, wenn auch mehrere

20) S. Joh. Ge. Estors Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprozesses 3. Th. herausgegeben von Burchardi §. 54. S. 22. f.

rere Puncte in einem Urtheil zugleich entschieden wurden. Es hat dies besonders in Rücksicht der Rechtsmittel erhebliche Folgen, wie Herr Hofrath Gönner [21]) hierbey sehr einleuchtend gezeigt hat.

Ist die ganze Erbtheilungssache durch Uebereinkunft der Interessenten und den richterlichen Ausspruch berichtiget, so wird das Ganze in einen Theilungsreceß gebracht, welcher das Resultat der bisherigen Streitigkeiten, den Betrag der zu vertheilenden Erbmasse, die Anzahl und Größe der Erbantheile, sodann eine specifique Ausweisung enthält, durch welche Erbschafts-Stücke jeder Interessent seinen Antheil erhalten habe [22]).

§. 730.

Untheilbarkeit der Erbschaft. Rechtlich untheilbare Erbschaftssachen.

Sollte die Erbschaft im Ganzen nicht füglich getheilt werden können, so kann der Richter sie einem der Miterben ganz allein, und zwar dem Meistbietenden zuschlagen, und diesem auferlegen, dem Andern seinen Antheil im Gelde zu vergüten [23]). Ist hingegen die Erbschaft im Ganzen

21) Handbuch des gemeinen Prozeßes 4. Band Nr. LXXVI. §. 5. S. 159.

22) Ein Formular eines solchen Theilungsreceßes findet man in Rullmanns angef. Versuch einer Anweisung zum Inventur- und Theilungsgeschäfte, in den Beylagen Nr. 8.

23) *L. 55. D. h. t.* Si familiae erciscundae vel communi dividundo iudicium agatur, et divisio tam difficilis sit, ut pene impossibilis esse videatur, potest iudex in unius personam totam condemnationem conferre, et adiudicare omnes res.

Ganzen theilbar, so kommt es noch darauf an, ob nicht einzelne Sachen in derselben untheilbar sind. Es können nämlich

I. manche Sachen rechtlich untheilbar seyn, welche ein Gesetz oder Vertrag zur Theilung zu bringen verbietet (*res civiliter individuae*). Dahin gehören

1) Sachen, die ein Privatmann nicht besitzen darf. Z. B. Gifte und verbotene Bücher. Solche Sachen müssen vertilgt, oder dahin gegeben werden, wo kein schädlicher Gebrauch davon zu befürchten ist [24]).

2) Sachen, die durch ein Verbrechen erworben worden sind. Diese müssen ihren rechtmäßigen Eigenthümern ausgeliefert werden [25]), wofern sie nicht dem Fiscus anheim fallen [26]).

3) Urkunden. In Ansehung derselben entsteht die Frage, bey wem die Originale zu verwahren sind? Man unterscheide.

a) Sind

24) *L. 4. §. 1. D. h. t.* Mala medicamenta et venena veniunt quidem in hoc iudicium, sed iudex omnino interponere se in his non debet. Boni enim et innocentis viri officio eum fungi oportet. Tantundem debebit facere et in libris improbatae lectionis, magicis forte, vel his similibus. Haec enim omnia protinus corrumpenda sunt.

25) *L. 4. §. 2. D. h. t.* Westphal §. 732. Es findet jedoch diese Verordnung nur in dem Falle Anwendung, wenn die durch ein Verbrechen erworbenen Sachen noch in Natur vorhanden, nicht wenn sie in die Substanz der erbschaftlichen Güter verwendet sind. S. HUBERI Praelect. iuris Rom. P. II. h. t. §. 4.

26) *L. 9. D. de iure fisci.*

a) Sind die Urkunden einem der Miterben prälegirt, so müssen sie zwar demselben im Original überlassen werden, es können aber die übrigen Miterben zuvörderst Abschriften davon nehmen, und überdem Caution verlangen, daß ihnen zu aller Zeit, wenn es nöthig ist, auf ihr Verlangen die Originale vorgelegt werden sollen.

L. 8. *pr. D. h. t.* POMPONIUS scribit, si uni ex heredibus praelegatae fuerint rationes, non prius ei tradendas, quam coheredes descripserint. Nos videbimus, numquid et cautio sit interponenda: ut, quoties desideratae fuerint rationes, copia earum fiat? Plerumque enim authenticae rationes sunt necessariae actori ad instruenda ea, quae postea emergunt, ad notitiam eius spectantia. Et necessarium est, cautionem ab eo super hoc coheredibus praestari.

b) Hat der Erblasser hierüber nichts verordnet, und die Urkunden betreffen blos persönliche oder Familien-Verhältnisse des Erblassers, z. B. Adelsbrief, Bestallungsdecrete, oder genealogische Nachrichten, so werden diese gewöhnlich dem ältesten Sohne, oder dem Chef der Familie, oder dem Haupterben zugetheilt, wofern nicht die Miterben dieserhalb eine andere Uebereinkunft getroffen haben sollten [27]).

c) Betreffen die Urkunden den Nachlaß überhaupt, wie z. B. das Testament, die Berechnungen und Rechnungs-

27) S. MÜLLER ad *Struvium* Exercitat. XV. Th. 8. not. o. in fine. VOET de familia erciscunda Cap. VI. nr. 20. MYNSINGER Observat. Centur. IV. Obs. 37. nr. 14. GAIL Lib. II. Obs. 149. nr. 9. in fine.

nungsbücher des Erblassers über sein Vermögen, Schuld-documente, u. d.; so bleiben die Originale bey dem Haupterben, d. h. der an dem Nachlaß den größten Antheil hat, und die übrigen Miterben erhalten nur eine Abschrift davon. Sie können aber Caution verlangen, daß ihnen die Originale zu jeder Zeit, wenn es verlangt wird, vorgelegt werden müssen [28]).

L. 4. §. 3. *D. h. t.* Sed et tabulas testamenti debebit aut apud eum, *qui ex maiore parte heres est*, iubere manere, aut *in aede deponi* [29]). Nam et LABEO scribit, vendita hereditate, tabulas testamenti descriptas deponi oportere. Heredem enim exemplum debere dare: tabulas vero authenticas ipsum retinere, aut in aede deponere.

L. 5.

28) S. MÜLLER ad *Struvium* c. 1. Ist jedoch die Caution nicht gleich Anfangs gefordert worden, so findet sie nachher nicht weiter Statt. *L.* 2. *C. de hered. vend.* MEVIUS Tom. II. P. VIII. Decis. 477.

29) Es war bey den Römern gewöhnlich, Kostbarkeiten und insonderheit auch Documente in Tempeln zu verwahren. *L.* 1. §. 36. *D. Depositi.* *L.* 5. *D. ad Leg. Iuliam peculat.* *L.* 19. *C. de Usur.* In dem Tempel des Saturns wurden die Gesetze, Bundesacten, und öffentlichen Schätze; in dem Tempel des Friedens die Kostbarkeiten und Reichthümer vieler Privatpersonen; und vorzüglich bey den Vestalinnen die Testamente deponirt. Daher wurden die Tempel von Soldaten bewacht. S. LIPSIUS ad *Taciti* Annal. Lib. I. c. 8. p. 17. HEINECCIUS Antiquitat. Rom. iurisprud. illustrant. Lib. II. Tit. I. §. 2. not. b. und *Henr. Io.* ARNTZENIUS Miscellaneor. libr. Cap. 13. pag. 134. Heutiges Tages fällt dieses weg, und die Aufbewahrung geschieht in den Gerichten. S. MEVIUS P. V. Decis. 330. not. 6.

L. 5. *D. eodem.* Si quae ſunt cautiones hereditariae, eas iudex curare debet, ut apud eum maneant, *qui maiore ex parte heres ſit*: caeteri deſcriptum et recognitum faciant [30]), *cautione interpoſita* [31]), *ut, cum res exegerit, ipſae exhibeantur.*

Sind

30) So leſen, auſſer der Florentine, die meiſten Ausgaben. Haloander und Baudoza hingegen leſen: *caeteris deſcriptum et recognitum faciat.* Eben ſo hat auch unſer Cod. Pand. membran. Erlang. und für dieſe Leſeart ſtreiten die *Baſilica* Lib. XLII. Tit. 3. Tom. V. pag. 667. wo es heißt: Ὁ εἰς πλεῖον κληρονομῶν, τὰ δικαιώματα τῆς κληρονομίας κατέχει, καὶ δίδωσιν ἄλλοις ἴσα, ὁμολογῶν ὡς ἐι χρεία γενήται καὶ τὰ αὐθεντικὰ προσκομιῖξει. i. e. *Qui ex maiore parte heres eſt, cautiones hereditarias retinet, et caeteris exemplum dat, cavetque, ut cum res exegerit, authenticae exhibeantur.* Nach dieſer Leſeart müßte alſo der Haupterbe, welcher das Originaldocument behält, den übrigen eine Abſchrift geben. Nach der florentiniſchen Leſeart hingegen müßten die übrigen Miterben ſelbſt Abſchrift davon nehmen, wenn ſie ſolche verlangen. Das Erſtere, welches der Leſeart in den gloſſirten Handſchriften entſpricht, behaupten vorzüglich die Practiker. STRYK de caut. contract. Sect. III. cap. IV. §. 13. LAUTERBACH Colleg. th. pract. h. t. §. 17. Das Letztere vertheidigen *Ger.* NOODT in Commentar. ad Pand. h. t. pag. 240. §. *Quid dicemus.* und beſonders *Guil.* BEST in Disp. exhib. Conjecturas quasdam ex iure civili. *Traj. ad Rhen. 1704.* Cap. 3. in fin. (in *Ger.* ORLRICHS *Theſ. Diſſertat. iurid. Belgicar.* Vol. I. Tom. I. pag. 220).

31) Nach der Stellung der Worte, könnte es ſcheinen, daß die Miterben dem Haupterben Caution leiſten müßten. Allein das wäre ungereimt. Daher ſind die Worte: *caeteri deſcriptum et recognitum faciant*, gleichſam als eine Parentheſe zu betrachten. S. *Guil.* BEST cit. Disp. cap. 3. pag. 220.

Sind die Miterben den Antheilen nach einander gleich, so müssen sie sich über die Verwahrung des Originals vereinigen, oder loosen [32]). Es können aber auch die Originaldocumente bey einer gemeinschaftlich oder durch Stimmenmehrheit dazu erwählten Person, oder an irgend einem sichern Orte verwahrlich niedergelegt werden.

L. 5. *cit.* Si omnes iisdem ex partibus heredes sint, nec inter eos conveniat, apud quem potius esse debeant, sortiri eos oportet, aut ex consensu, vel suffragio eligendus est amicus, apud quem deponantur, vel in aede sacra deponi debent [33]).

Die Licitation hingegen ist durchaus hier kein schickliches Mittel, den Streit zu entscheiden [34]); sondern, wenn die Erben schlechterdings nicht über die Verwahrung der Originalurkunden unter sich einig werden können, so muß der Richter entscheiden, bey wem sie aufbewahrt werden sollen.

32) S. *Frid. Aug.* IUNIUS Diss. de sorte remedio subsidiario causas dubias dirimendi. *Lipsiae 1746.*

33) Die Basilica enthalten hier bey Fabrot Tom. V. pag. 667. eine falsche Lesearт: Es heißt nämlich daselbst: Εἰ δέ πάντες ἐξ ἴσου κληρονομοῦσι, καὶ οὐ συμφωνοῦσι τινα δεῖ ἔχειν αὐτὰ κληροῦνται, ἢ κατὰ συναίνεσιν, ἢ ψῆφος, παρά φίλω ἢ ἐν ναῷ ἀποτίθενται. i. e. *Si vero omnes iisdem ex partibus heredes sint, nec inter eos conveniat, apud quem potius esse debeant, sortiuntur; aut ex consensu, vel suffragio apud amicum deponuntur, vel in aede sacra.* Hier muß unstreitig statt ἢ ψῆφος gelesen werden ἢ ψῆφον, wie auch *Io: Guil.* HOFFMANN in Meletemat. ad Pand. Disp. XI. ad Lib. X. §. 2. bemerkt hat.

34) *L. 6. D. h. t.*

sollen[35]). Der Richter aber hat hier zunächst die Vorschrift Ulpians zu befolgen, und auf Alter, Ansehen und Geschlecht der Person, welcher die Aufbewahrung anzuvertrauen ist, Rücksicht zu nehmen[36]). Ulpian sagt nämlich *L. ult. D. de fide instrum.*

Si de tabulis testamenti deponendis agatur, et dubitetur, cui eas deponi oportet: semper *seniorem* iuniore, et *amplioris honoris* inferiore, et *marem* feminae, et *ingenuum* libertino praeferemus.

d) Betreffen endlich die Documente nur einzelne Güter, die zum Nachlaß gehören, so kommt es darauf an,

α) ob ein Miterbe das Gut allein erhält, wovon die Urkunde spricht; dann wird ihm auch das darüber vorhandene Document überlassen.

β) Theilen sich hingegen mehrere in ein Grundstück, worüber eine Originalurkunde vorhanden ist, so sind wieder folgende Fälle zu unterscheiden.

aa) Der eine erhält einen größern Theil, als der andere. Dann muß jenem auch das Originaldocument zugetheilt werden, und die übrigen erhalten nur eine Abschrift davon mit der Versicherung, daß ihnen jedesmal das Original, wenn sie es nöthig haben würden, vorgelegt werden solle.

bb) Alle

35) *L. 5. Cod. Commun. utriusq. iudic.* De instrumentis, quae communia fratrem vestrum tenere proponitis, Rector provinciae aditus, apud quem haec collocari debeant, existimabit.

36) S. *Io.* SICHARDI Praelection. in Cod. Tom. I. ad L. 5. Cod. Commun. utriusq. iudicii nr. 2. pag. 680. und MEVIUS P. V. Decis. 330.

bb) Alle erhalten gleiche Theile. Hier ist es, wie bey den gemeinschaftlichen Documenten. Können die Interessenten unter sich nicht einig werden, so wird die Sache durchs Loos entschieden, oder mit gemeinschaftlicher Einwilligung ein Depositar, oder ein Ort zur Verwahrung bestimmt. Es tritt hier die Analogie der *L.* 5. *D. h. t.* ein [37]).

4) Prädialservituten. Diese lassen ebenfalls keine Theilung zu. Denn die Servitut war entweder schon constituirt, und dann ist sie ein Accessorium des Grundstücks, für welches sie erworben worden ist; oder sie war dem Erblasser nur versprochen, und dann steht die Klage jedem Miterben in solidum zu, so wie hinwiederum auch die Erben des verstorbenen Promittenten daraus in solidum verpflichtet sind [38]).

5) Erb-

37) VOET de fam. erciſc. Cap. VI. nr. 19. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3048. D.

38) *L.* 25. §. 9. *D. h. t.* An ea ſtipulatio, qua ſinguli heredes in ſolidum habent actionem, veniat in hoc iudicium dubitatur: veluti ſi is, qui viam, iter, actum ſtipulatus erat, deceſſerit: quia talis ſtipulatio per Legem duodecim Tabularum non dividitur, quia nec poteſt? Sed verius eſt, *non venire eam in iudicium, ſed omnibus in ſolidum competere actionem*: et, ſi non praeſtetur via, pro parte hereditaria condemnationem (ſc. *in id, quod intereſt, quod quidem diviſionem recipit*) fieri oportet. (S. POTHIER Pandect. Iuſtin. Tom. I. h. t. Nr. XXX. not. m.) — §. 10. Contra, ſi promiſſor viae deceſſerit, pluribus heredibus inſtitutis, nec dividitur obligatio, nec dubium eſt, quin duret: quoniam viam promittere et is poteſt, qui fundum non habet. Igitur, quia ſinguli in ſolidum tenentur, officio iudicis cautiones interponi debere, ut ſi quis ex his conventus litis aeſtimatio-

5) Erb- und Familien-Begräbnisse. Diese werden auch nicht zur Theilung angeschlagen, sondern bleiben in der Gemeinschaft der Erben [39]). Endlich zählt Ulpian [40]) zu den rechtlich untheilbaren Sachen noch

6) Quaestionem de morte testatoris, vel de morte uxoris liberorumque suorum. Es bezieht sich dies auf das ius vindicandae necis defuncti, welches in dem Römischen Rechte den Erben bey Verlust der Erbschaft zur Pflicht gemacht wird [41]). Diese Last liegt dem einen Miterben wie dem andern auf gleiche Weise ob [42]).

§. 731.

Verfahren bey physisch untheilbaren Sachen.

Es können nun

II. einzelne Sachen der Erbschaft auch ihrer natürlichen Beschaffenheit nach untheilbar seyn. (*Res naturaliter individuae.*) In Ansehung derselben ist zu unterscheiden. Der Erblasser hat entweder in seinem letzten Willen erklärt,

nem praestiterit, id pro parte a caeteris consequatur. S. Westphals System der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten §. 718. u. 719.

39) *L. 30. in fine D. h. t.* verglichen mit *L. 5. et 6. D. de religios. Ant.* FABER in Cod. Sabaud. definition. for. Lib. III. Tit. 25. Def. 10. und besonders VOET de familia erciſc. Cap. VII. nr. 16. et 17.

40) *L. 18. §. 1. D. h. t.*

41) *L. 9. Cod. de bis, quib. ut indignis. L. 5. §. 3. L. 15. §. 2. D. de SCto Silaniano.*

42) S. POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XXX. not. a. pag. 308.

klärt, wer von seinen Erben eine solche Sache erhalten soll, oder nicht. In jenem Falle hat er entweder zugleich den Preis festgesetzt, für welchen der Erbe die ihm zugedachte Sache annehmen soll, oder nicht. Im ersten Falle muß dieser Bestimmung nachgegangen werden, wenn auch gleich der angesetzte Werth unverhältnißmäßig klein, oder groß seyn sollte; wofern nur durch einen solchen Ansatz keine Verletzung im Pflichttheile entsteht [43]). In dem letztern Falle hingegen, da der Preis nicht zugleich mit angegeben, auch nicht unentgeldliche Ueberlassung verordnet ist, wird der Ankaufspreis, den der Erblasser dafür gegeben hat, zum Grund gelegt, oder die Sache durch unpartheyische Sachverständige geschätzt [44]).

Hat aber der Erblasser über die Vertheilung solcher Sachen nichts bestimmt, und die Erben können auch unter sich darüber nicht einig werden; so werden die Sachen taxirt, hiernach gleiche Portionen gemacht, und diese durch das Loos vertheilt; oder man schlägt die Sache demjenigen unter den Erben zu, der sie um den höchsten Preis anzunehmen sich erklärt [45]).

43) *L. 10. C. h. t.* Quoties inter omnes heredes testator successionem suam dividit: *ac singulos certis possessionibus cum mancipiis, quae in eisdem sunt constituta, iubet esse contentos:* voluntati eius (salva Legis Falcidiae auctoritate) obtemperandum esse, manifestum est. Add. *L. 21. C. eodem.*

44) S. H. von Trützschlers Anweisung zur vorsichtigen und förmlichen Abfassung rechtlicher Aufsätze, insonderheit über Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit. 1. Th. 3. Hauptabth. 4. Hauptst. §. 22. Not. a.

45) *L. 22. §. 1. D. h. t. L. 26. §. 2. in fin. D. de Legat. I. §. 4. I. de offic. iud.*

Sind die Erben über den Preis einig, und nur einer soviel dafür geben will, als der andere, so gebührt der Vorzug demjenigen, der den größten Antheil an der Erbschaft hat[46]). Haben sie alle gleiche Antheile, so entscheidet das Loos, wer die Sache erhalten soll[47])

Sind aber die Erben über den unter sich gebotenen Preis nicht einig, oder es ist einer den andern mit Gelde abzufinden nicht im Stande; so ist die Sache öffentlich auszubieten. Das Erbgrundstück muß also subhastirt, und an einen fremden Meistbietenden verkauft werden[48]).

Wollen jedoch die Erben die Sache nicht an Fremde verkaufen lassen, und können gleichwohl über die Theilung nicht übereinkommen, so bleibt dem Richter nichts übrig, als durch Bestellung eines abwechselnden Nießbrauchs eine Auskunft zu treffen[49]).

Zu-

46) Arg. *L. 34. §. 2. Cod. de donat.* S. von Trützschler a. a. O. Not. b. S. 529. und *Frid. Es. a* PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. IV. Obs. 110. Es setzt aber dieses voraus, daß der Haupterbe die Sache verlangt. Denn aufzwingen kann man ihm die Sache nicht, weil es eine Wohlthat ist, die Niemandem wider seinen Willen aufgedrungen wird. *L. 69. D. de Reg. iur.* Ueberdem kann Niemand eine Sache zu kaufen genöthiget werden. *L. 11. C. de contrab. emt.*

47) *L. 3. Cod. Communia de legat.* MEVIUS Part. IV. Decis. 397.

48) *L. 3. Cod. Communi divid.* Struben rechtliche Bedenken 2. Th. Bed. 28. WERNHER select. Observat. for. Tom. II. P. VIII. Obs. 303. VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 22.

49) *L. 16. §. 2. D. h. t. L. 6. §. 1. D. de Usufr.* S. den 9. Th. dieses Commentars §. 628.

Zuweilen könnte eine Sache zwar wohl unter den Miterben getheilt werden, allein das Interesse eines Dritten erfordert es, daß die Sache einem der Miterben allein zugesprochen werde. Dies ist der Fall, wenn von einer zum Nachlaß gehörigen Sache ein dritter Nichterbe pro indiviso Miteigenthümer ist. Hier ist zwar der Theil, der zur Erbschaft gehört, zum Theilungsgeschäft zu ziehen. Allein es ist Pflicht des Richters, darauf zu sehen, daß die Theilung für den Dritten so wenig, als möglich, lästig werde. Man setze also den Fall, der Erblasser habe mit einem Dritten eine Sache gemeinschaftlich besessen. Hier muß der Richter nicht jedem seinen Antheil, sondern den ganzen Antheil des Verstorbenen an der gemeinschaftlichen Sache einem der Miterben allein zuerkennen, damit der Dritte nicht zu viel Theilhaber erhalte. Eben dies findet Statt, wenn der Erblasser von einer Sache, davon ihm das Alleineigenthum zustand, Jemanden einen Theil pro indiviso vermacht hat, von welcher der übrige Theil zur Erbschaft gehört; oder wenn ein Miterbe seinen Antheil an einer einzelnen zur Erbschaft gehörigen Sache noch vor entstandenem Erbsonderungsproceß an einen Dritten veräußert hat. In Ansehung des Veräußerers gehört zwar der übrige Theil nicht mehr zum Theilungsgeschäft, wohl aber in Ansehung der andern Miterben unter sich; jedoch soll dieser Theil nur einem der Miterben allein zugesprochen werden. Dies ist der wahre Sinn der so sehr mißverstandenen Stelle des **Paulus**, wenn er *L.* 25. §. 6. *D. h. t.* sagt:

Si testator rem communem cum extraneo habebat, sive rei suae partem alicui legavit, aut heres ante iudicium familiae erciscundae acceptum partem suam

alienavit, ad officium iudicis pertinet, ut eam partem, quae teſtatoris fuit, alicui iubeat tradi.

Daß hier von drey verſchiedenen Fällen die Rede ſey, leuchtet in die Augen. Zwar geht die Entſcheidung den Worten nach nur auf den erſten Fall. Allein in den beyden letzten Fällen iſt gleicher Grund vorhanden, wie Cujaz [50]) gezeigt hat. Voet [51]) fügt noch den wichtigen Grund hinzu: *quod nempe abſurdum, immo impoſſibile ſit in tribus iſtis caſibus*, (quibus res defuncto cum extraneo communis fuit, vel defunctus rei ſuae partem pro indiviſo legavit, vel heredum unus ante hoc iudicium partem ſuam extraneo pro indiviſo diſtraxit) *ut coheredes ex iudicio familiae erciſcundae ſeparatas pro diviſo acciperent partes partis illius, quae in hereditate inventa fuit, aut remanſit heredibus cum legatario, emtore extraneo, vel defuncti ſocio pro indiviſo communis, quamdiu non prius a communione cum extraneo, defuncti ſocio, aut partis legatario, vel emtore extraneo, receſſum fuerit. Atque hinc, ſi coheredes omnino partis talis non adjudicationem uni facerendam, ſed inter ſe diſtributionem pro rata deſiderare vellent, neceſſe foret, et prius cum extraneo illo, ſive defuncti ſocio, ſive emtore, ſive legatario experirentur communi dividundo iudicio; atque ita demum hoc iudicio partis, quae a parte ſocii vel emtoris vel legatarii iam ſeparata eſt, exigerent inter ſe diviſionem* [52]). Es iſt daher eine ganz falſche Anſicht, wenn

50) Obſervat. Lib. XXII. cap. 40.

51) Commentar. ad Pand. h. t. §. 23.

52) S. *L. 52. iunct. L. 54. D. h. t. L. 3. pr. Cod. Commun. divid.*

wenn Anton Faber[53]) sich hier einen solchen Fall denkt, wo der Erblasser eine Sache als mit seinem Miterben gemein gehabt, und dieser Miterbe, welcher hier der *Extraneus* seyn soll, dafür zu sorgen habe, daß der Theil des Erblassers, welchen dieser einem Andern vermacht, oder dessen Erbe veräußert hat, dem Dritten wirklich abgeliefert werde, damit er, der Extraneus, von demselben keinen fernern Anspruch zu befürchten habe. Ein solcher Sinn ist aus den Worten des Römischen Juristen schwerlich zu errathen, und es ist auch ganz vergeblich, wenn Faber, um dem Fragment diesen Sinn unterzuschieben, die Worte: *rei suae partem*, in *rei suam partem* verwandeln will, welchen Westphal[54]) schon mit Recht deshalb getadelt hat. Wie wenig diese Critic, die ohnehin von aller Auctorität entblößt ist, Grund habe, beweisen die Basiliken[55]), welche die Richtigkeit der gemeinen Lesart vortreflich bestärken. Die Stelle lautet so: Ἐαν ὁ διαθέμενος μετὰ ἐξωτικοῦ κοινὸν πρᾶγμα ἔσχεν, εἴτε τῆ ἰδίου μέρος ληγατεύσῃ, ἢ εἷς κληρονόμος πρὸ τῆς τῆ διαιρετικοῦ δικασηρίου προκατάρξεως τὸ ἴδιον ἐκποιήσῃ μέρος· ὀφφίκιόν ἐσι τῆ δικασοῦ παραδιδόναι τινὶ τὸ μέρος τῆ διαθεμένου. i. e. *Si testator rem communem cum extraneo habebat, sive rei suae partem legavit, aut unus ex heredibus ante litem contestatam partem suam alienavit, ad officium iudicis pertinet, ut eam partem, quae testatoris fuit, alicui tradat.* Das diesem Texte in den Basiliken[56]) beygefügte Scholium des

53) Rational. in Pandect. ad h. L. Tom. II. P. II. pag. 385.

54) System der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten. §. 773.

55) Tom. V. Lib. XLII. Tit. 3. Const. 25. §. 5. pag. 675.

56) Tom. V. pag. 708.

Cyrillus ſetzt des Fabers Verirrung, ſo wie die Richtigkeit der Leſeart und der oben angegebenen Interpretation vollends außer allem Zweifel. Εαν̀, ſagt Cyrill, ἡ ἐπίκοινον πρᾶγμα ἔχη ὁ τεςάτος, ἢ τὲ ἰδίου μὲρος ἐλλογατευσῃ, ἢ εἷς τῶν κληρονόμων πρὸ προκατάρξεως τὸ ἑαυτε̃ μὲρος ἐκποιήσῃ, τὸ λοιπὸν ὡς θέλει προσκυροῖ ὁ δικαςής. Τὸ πλάτος ἅτως ἔχει. Εαν̀ ὁ διαθὲμενος ἢ ἐπίκοινον ἐξ ἀρχῆς πρᾶγμα μετὰ τινος ἐξωτικοῦ εἶχεν, ἢ ἐξ ὁλοκλήρου αὐτῷ διαφὲροντος πρᾶγματος μὲρος ἐλλογάτευσέ τινι, ἢ καὶ τις τῶν κληρονὸμων αὐτε̃ πρὸ προκατὰρξεως τε̃ περὶ διαιρὲσεως διαφέροντος τὸ μὲρος ἐπὶ τῷ κληρονομιαὶῳ πρᾶγματι ἐξεποίησέ τινι, ὡς̃ ταυτα χόθεν κοινὸν εἶναι μετὰ τινος ἐξωτικοῦ κληρονομιᾶιον πραγμα· δικαςὴς ἐνὶ τῶν κληρονόμων προσκυροῦν τὸ μέρος, ὁπερ τῆν τε̃ διαθεμένου· εἰ καὶ τό ἄλλο μέρος ἀλλότριον τῆν ἐξ ἀρχῆς, ἢ τὸ λοιτὸν τε̃ πράγματος ὅπερ ελλογατεύθη τινὶ ὑπὸ τε̃ τεςάτωρος, ἢ περὲ ἑνὸς τῶν κληρονόμων αὐτε̃ ἐξεποιὴθη. i. e. *Si teſtator rem communem cum alio habebat, vel rei ſuae partem legavit, vel unus ex heredibus ante litem conteſtatam partem ſuam alienavit, iudex eam partem, quae manſit in hereditate, ut vult, adiudicat. Textus integrior Digeſtorum ſic habet. Si teſtator ab initio rem communem cum extraneo habebat, vel rei in ſolidum ſuae partem alicui legavit, aut unus ex heredibus ante litem conteſtatam rei hereditariae partem ſuam alicui alienavit, ita ut his omnibus caſibus res communis ſit cum extraneo, iudex poteſt uni ex heredibus partem, quae teſtatoris fuit, adiudicare, licet pars alia alterius eſſet ab initio, vel alteram partem rei, quae a teſtatore alicui legata eſt, aut ab uno ex heredibus alienata eſt.* Es erhellet zugleich aus dieſer Paraphraſe, daß die Worte *iubeat tradi*, nichts anders als *adiudicet* bedeuten,

wenn

wenn gleich Janus a Costa[57]) zwischen *iubere tradi* und *adiudicare* einen Unterschied machen will.

§. 732.

Findet bey Activ- und Passiv-Schulden eine Theilung Statt?

Es giebt Sachen, die darum keiner Theilung unterworfen sind, weil sie schon von Natur, oder von den Gesetzen selbst getheilt sind. Besteht nun die Erbschaft aus lauter solchen Sachen, die von einander schon an sich abgesondert sind, so fällt die Theilungsklage alsdann hinweg. Paulus führt hiervon zwey treffende Beyspiele an, wenn er *L.* 25. §. 1. *D. h. t.* sagt:

Si miles alium castrensium, alium caeterorum bonorum heredem fecerit, non est locus familiae erciscundae iudicio: divisum enim est per constitutiones inter eos patrimonium. Quemadmodum cessat familiae erciscundae iudicium, cum nihil in corporibus, sed omnia *in nominibus* sunt.

Zu den Sachen, welche schon ipso iure unter den Miterben getheilt sind, gehören vorzüglich die Activ- und Passiv-Schulden der Erbschaft. Jeder kann nach dem Verhältniß seines Erbtheils die Schuldner der Erbschaft belangen, jeder der Miterben kann aber auch nach eben diesem Verhältniß von den Gläubigern der Erbschaft belangt werden, ohne daß es deshalb einer weitern Theilung bedarf. Schon die Gesetze der zwölf Tafeln hatten diesen Grundsatz aufgestellt: *Nomina inter heredes pro portionibus hereditariis ercta cita sunto*; und der Kr. Gordian bestättigte denselben L. 6. *Cod. h. t.* wo es heißt:

Ea,

57) Commentar. ad §. 4. I. de officio iudic. pag. 616. sqq.

Ea, quae in nominibus sunt, non recipiunt divisionem: *cum ipso iure in portiones hereditarias ex Lege duodecim tabularum divisa sint.*

Jedoch ist dieses nur von der actio personalis zu verstehen. Denn ist der Activ- oder Passiv-Schuld wegen ein Pfandrecht bestellet, so ist dieses seiner Natur nach untheilbar[58]). Wenn daher auch ein Miterbe seinen Antheil an der Schuld bezahlt hätte, so bleibt die Pfandverbindlichkeit dennoch auf der ganzen Sache haften, und der Gläubiger kann noch immer auf den Verkauf des Pfandes dringen[59]), als welcher nur durch die Bezahlung der ganzen Schuld abgewendet werden kann[60]). Eben so ist es, wenn der Schuldner der Erbschaft auch dem einen Miterben seinen Antheil bezahlt hätte. Dies kann die übrigen Miterben nicht hindern, dennoch auf den Verkauf des Pfandes zu dringen, weil das Pfand einem jeden derselben in solidum haftet. Sie müssen jedoch dem Schuldner das, was er dem einen Miterben schon bezahlt hat, wieder erstatten[61]). Ist dem Erblasser eine Sache zum Pfande gegeben, so kann zwar ein solches Pfand in so weit zur Theilung kommen, daß es einem der Erben allein zugeschlagen werden kann. Es muß aber derselbe die übrigen Miterben wegen ihrer Antheile befriedigen. Dann kommt es auf ihn

58) *L. 1. et 2. Cod. Si unus ex plurib. heredib.*

59) *L. 8. §. 2. D. de pigner. act.*

60) *L. 25. §. 14. D. h. t.*

61) *L. 11. §. 4. D. de pign. act.* S. Westphals Versuch einer syst. Erläuterung der röm. Gesetze vom Pfandrecht §. 33. Not. 52. S. 82. f.

ihn an, ob er die Einlösung des Pfandes abwarten, oder den Schuldner auf die Bezahlung der ganzen Schuld verklagen will. Dies muß sich der Schuldner gefallen lassen, und der Kläger bedarf deshalb nicht einmal von den übrigen Miterben einer Cession, weil er, wegen der geschehenen Adjudication, gleichsam als ein Anwald des Schuldners zu betrachten ist, für den er die Schuld zum Theil bezahlt hat. Anders wäre es, wenn der Miterbe nicht durch Adjudication, sondern durch einen freyen Kauf von den übrigen Miterben deren Antheile erhandelt hätte. Hier würde ihm eine Klage auf die Bezahlung der ganzen Schuld ohne Cession nicht zustehen, und selbst auch bey der Adjudication alsdann nicht, wenn der Miterbe nicht sowohl durch die angestellte Versteigerung wäre genöthiget worden, das Pfand auf seinen Antheil anzunehmen, sondern sich dazu gedrängt, und andere Miterben mit Gelde überboten hätte, um nur das Pfand in die Hände zu bekommen. Denn in diesem Falle ist die Adjudication von einem freyen Kaufe nicht unterschieden [62]).

Der

62) *L. 29. D. h. t.* Si pignori res data defuncto sit, dicendum est, in familiae erciscundae iudicium venire. Sed is, cui adiudicabitur, in familiae erciscundae iudicio pro parte coheredi erit damnandus: nec cavere debet coheredi, indemnem eum fore adversus eum qui pignori dederit; (d. h. der andere Miterbe, der seine Bezahlung erhalten hat, braucht demjenigen Erben, dem das Pfand adjudicirt worden ist, keine Caution zu leisten, daß er die Bezahlung der ganzen Forderung von den Schuldner erhalten solle. Denn dieser kann den Besitzer des Pfandes anders nicht actione pigneratitia directa belangen, als wenn er demselben die ganze Schuld bezahlt. Der Besitzer kann ihm sonst die exceptio doli entgegensetzen.) quia pro eo erit, ac

si

Der Satz, daß Activ- und Passiv-Schulden unter den Miterben ipso iure getheilt sind, hat übrigens sehr wichtige Folgen. Dahin gehört,

1) daß

si hypothecaria vel Serviana actione petita litis aestimatio oblata sit: ut et is, qui obtulerit, adversus dominum vindicantem exceptione tuendus sit. Contra quoque, si is heres, cui pignus adiudicatum est, velit totum reddere, licet debitor nolit, audiendus est. Non idem dici potest, si alteram partem creditor emerit: adiudicatio enim necessaria est, emtio, voluntaria: nisi si obiiciatur creditori, quod animose licitus est. Sed huius rei ratio habebitur: quia, quod creditor egit, pro eo habendum est, ac si debitor per procuratorem egisset: et eius, quod propter necessitatem impendit, etiam ultro est actio creditori. Ich will mich hier nicht bei der schiefen Interpretation des Anton Fabers in Rational. ad Pand. h. L. und der von ihm unternommenen unzeitigen Emendation des Textes aufhalten, da Westphal in dem angeführten System §. 825. schon den Ungrund derselben deutlich vor Augen gelegt hat. Die *Basilica*, welche Faber bey seinen Interpretationen ganz vernachläßiget hat, hätten ihn hierüber deutlichen Aufschluß geben können. Hier lautet die Stelle Tom. V. pag. 679. folgendermassen: Τὸ ἐνεχυρασθὲν τῷ τελευτήσαντι δυνατὸν ἑνί προσκυροῦσθαι, διδόντι τὴν ἀναλογίαν τῷ συγκληρονόμῳ, καὶ ἐκ ἀσφαλίζεται παρ αὐτοῦ, ὡς ἄξημιον αὐτὸν ὁ χρεώστης ποιῇ. ἔοικε γὰρ τῷ εναχθέντι τῇ ὑποθηκαρίᾳ, καὶ παρασχόντι τὴν τῆς δίκης διατίμησιν. ἔχει γὰρ παραγραφὴν, καὶ εἰς ὁλόκληρον ἀγωγὴν κατὰ τοῦ χρεώστου. εἰ μὴ ἄρα ὑπὲρ τὸ δέον ὑπερεθεμάτισιν. ὡς γὰρ ἐντολεὺς τοῦ χρεώστου δοκεῖ πράττειν, καὶ ἔχει ἀγωγὴν, ἐφ' οἷς ἐξ ἀνάγκης ἐδαπάνησεν. ὐ ταὐτόν ἐστιν ἐπὶ δανειστοῦ τὸ ἕτερον μέρος ἀγοράσαντος. i. e. *Res pignori data defuncto uni adjudicari potest, qui pro portione sua pecuniam debitam coheredi solvit, neque cautionem exigere potest de indemnitate adversus debitorem: nam ei similis*

ste,

1) daß durch die von dem Gläubiger gegen den einen Miterben zu seinem Antheile angestellte Schuldklage die Verjährung derselben in Ansehung des andern Miterben nicht unterbrochen werde, so wie im Gegentheil die von dem einen Miterben zu seinem Antheil gegen den Schuldner angestellte Klage, dem andern Miterben zur Unterbrechung der etwa gegen ihn angefangenen Verjährung der Klage nichts nützt. *Quae enim ipso iure divisa sunt, ut debita hereditaria, sigillatim praescribuntur, et separatis actionibus petuntur* [63]).

2) Wenn nach der Erbtheilung einer der Miterben insolvent wird, so geht dieses diejenigen Miterben, die ihre Antheile an der Schuld bezahlt haben, nichts an; diese sind für jenen zu haften nicht verbunden [64]).

Ob nun gleich eigentlich die Activ- und Passivschulden ipso iure getheilt sind; so kann doch zuweilen der Richter die Schulden den einzelnen Miterben ganz zuerkennen, wenn nämlich die partielle Eintreibung oder Bezahlung der Erb-

est, qui convenitur hypothecaria, et litis aestimationem praestitit; habet enim exceptionem, et in solidum actionem adversus debitorem: nisi forte immoderatius rem licitus fuerit: quasi enim procurator debitoris agere videtur, et eius, quod propter necessitatem impendit, ei actio est. Non idem est, si creditor alteram partem emerit.

63) S. *Io. Henr.* BERGERI Resolutiones Legum obstant. h. t. Qu. I. et ad eand. Animadversion. pag. 166. sqq.

64) Arg. *L. 33. pr. D. de legat. II.* Vid. *Franc.* BALDUINI Commentar. de Legib. XII. Tabular. Cap. 32. pag. 157. sqq. (edit. *Basil. 1557.* 8.) HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 3056. besonders VOET in Comm. h. t. §. 26.

Erbschaftsschulden mit Nachtheil und Weitläuftigkeiten verknüpft seyn sollte[65]). Cajus sagt *L.* 3. *D. h. t.*

Plane ad officium iudicis nonnunquam pertinet, ut debita et credita singulis pro solido, aliis alia attribuat, quia saepe et solutio et exactio partium non minima incommoda habet.

Diese Pflicht liegt dem Theilungsrichter auch besonders alsdann ob, wenn der Testator selbst einem oder dem andern Miterben allein gewisse Schuldforderungen zugetheilt, oder gewisse Schulden allein zu bezahlen auferlegt hat. Denn daß der Richter bey der Vertheilung der Erbschaft die Verordnung des Testirers befolgen müsse, hat keinen Zweifel[66]). In diesem Falle kann nun auch der Schuldner demjenigen Erben die Schuld ganz bezahlen, dem sie der Testirer zugetheilt hat, ohne von Seiten der übrigen Miterben einen weitern Anspruch befürchten zu dürfen, als gegen welche er sich immer mit der exceptione doli schützen kann.

L. 1. *Cod. de exceptionib.* Debitores quidem hereditarii unicuique heredum pro portione hereditaria antiqua lege obligati sunt. Sed si eis heredibus omnem pecuniam exsolvisti, quibus nomen patris tui testator in divisione adscripserat, *doli mali exceptione* adversus alios agentes tueri te potes.

Damit aber auch der Erbe gegen den ihm angewiesenen Schuldner auf die Bezahlung der ganzen Schuld klagen

65) *Christ. Lud.* CRELLII Diss. de divisione nominum in iudicio familiae erciscundae interdum necessaria. *Vitembergae 1743.*

66) *L. 4. pr. D. h. t. L. 32. D. eod. L. 21. Cod. eodem.*

gen könne, müssen die übrigen Miterben ihm ihre Rechte cediren, und es kann selbst die Erbtheilungsklage mit darauf gerichtet werden, daß diese Cession geschehe [67]). Der Cessionar klagt alsdann gegen den Schuldner theils in eigenem, theils im Namen der übrigen Miterben, als Bevollmächtigter derselben [68]). Sind hingegen erbschaftliche Schulden einem der Miterben ganz von dem Erblasser auferlegt, oder von richterlichen Amtswegen zugetheilt [69]); so sind zwar die Gläubiger eine solche Theilung anzuerkennen, nicht gezwungen. Denn man kann ihnen wider ihren Willen keinen andern Schuldner aufbürden. Ihnen bleibt daher die freye Macht, jeden der Miterben auf seinen Antheil zu belangen [70]). Will jedoch der Miterbe die übernommene ganze Schuld dem Gläubiger allein bezahlen, so ist letzter solche anzunehmen schuldig, ob er gleich selbst auf die ganze Schuld gegen diesen Miterben allein nicht klagen könnte [71]). Denn der Gläubiger hat kein Interesse dabey, warum er die Zahlung nicht annehmen wollte. Dahingegen kann er darum nicht die Bezahlung der ganzen Schuld von dem einen Miterben allein verlangen; weil ihn die geschehene Zutheilung, als eine res inter alios acta, nichts angeht, die obligatio aber unter den Miterben ipso iure getheilt ist [72]). Allein unter den Miterben ist eine solche Ab-

67) *L. 2. §. 5. D. h. t. L. 108. §. 13. D. de legat. I.*

68) *L. 3. D. h. t.*

69) Beyspiele hiervon kommen vor. *L. 20. §. 3. 5. et 8. D. h. t. L. 34. §. 3. D. de legat. III. L. 71. §. 3. D. de liberat. legata.*

70) *L. 20. §. 3. D. h. t.*

71) *L. 69. §. 2. D. de legat. I.*

72) S. CRELL cit. Diff. §. 4.

Adjudication von Wirkung. Es können daher nicht nur die übrigen Miterben den Erben, welchem die Schuld zugetheilt worden ist, zwingen, daß er sie, der Adjudication, oder dem Willen des Erblassers gemäß, ganz bezahle [73]); sondern sie können auch, wenn sie ihre Antheile dem Gläubiger haben bezahlen müssen, durch die Erbtheilungsklage das Bezahlte zurückfordern [74]).

Hieraus erklärt sich nun, wenn Cajus in der oben angeführten *L.* 3. *D. h. t.* fortfährt:

Nec tamen scilicet haec attributio illud efficit, ut quis solus totum debeat, vel totum alicui soli debeatur: sed ut, sive agendum sit, partim suo, partim procuratorio nomine agat [75]): sive cum eo agatur, partim suo, partim procuratorio nomine conveniatur. Nam licet libera potestas [76]) maneat creditoribus cum singulis

73) *L.* 18. §. 4. *et L.* 20. §. 3. *D. h. t. L.* 69. §. 2. *D. de legat.* I. *L.* 34. §. 3. *D. de legat.* 3. *L.* 7. §. 3. *D. de liberat. leg.*

74) *L.* 20. §. 5. *D. h. t.* Westphal §. 715. und §. 716.

75) Statt *agat*, wie die Florentine lieset, haben Haloander, und Baudoza *agatur*. Eben so lieset auch der Cod. Pand. membran. Erlang.

76) In der Florentinischen Ausgabe steht *potestas* ESSE *maneat*. Allein das *esse* fehlt bey Haloander, Baudoza, Hugo a Porta, und in mehreren andern Ausgaben. In dem Cod. Pand. Erl. steht es ebenfalls nicht. *Guil.* BEST Ratio emendandi Leges Cap. XV. §. 12. will statt esse, *est et* maneat, lesen. Allein das *esse* ist wohl unstreitig ein Fehler des Abschreibers, wie Brenkmann in der Gebauerschen Ausgabe mit Recht bemerkt.

lis experiundi: tamen et his libera potestas est, suo loco substituendi eos, in quos onera actionis officio iudicis translata sunt[77]).

Hat der Erblasser einem der Miterben allein gewisse Schulden auferlegt, so kann ihn zwar der Theilungsrichter nöthigen, diese Last, dem Willen des Erblassers gemäß, zu übernehmen; es gehört aber auch in diesem Falle zum Amte des Richters, darauf zu sehen, daß diesem Miterben durch Uebernehmung der ihm zugetheilten Schulden nicht der ihm gebührende Pflichttheil, wenn es ein Notherbe ist, oder, wenn es ein anderer Erbe ist, die Falcidische Quarte verletzt werde[78]). Ob nun gleich die Gläubiger deswegen nicht schuldig sind, sich gerade an den von dem Erblasser ihnen angewiesenen Erben allein zu halten, sondern, wie bereits oben bemerkt worden ist, die freye Macht und Gewalt behalten, auch die übrigen Erben pro rata zu belangen;

77) In den *Basilic.* Tom. V. Lib. XLII. Tit. 3. Const. 3. pag. 666. sind die letzten Worte so ausgedrückt: *ἐι γὰρ καὶ μετὰ τὴν προσκύρωσιν, ἄδειαν ἔχουσιν οἱ δανεισαὶ πᾶσιν ἐνάγειν, ὅμως καὶ αὐτοῖς ἐφεῖται διὰ ἐντολέων δικάξεσθαι ὀφφικίῳ τε δικαςοῦ.* i. e. *Nam licet post adiudicationem libera potestas maneat creditoribus cum omnibus experiundi, tamen et his libera potestas est per procuratores litigandi officio iudicis.*

78) *Videtur enim ceteris coheredibus*, sagt CRELL in Diss. cit. de divisione nominum in iud. fam. ercisc. interdum necessaria §. 4. pag. 26. LIBERATIO LEGATA *esse, si uni aes alienum a testatore iniunctum sit, ut reliqui hoc onere leventur. Sed constat, per legata nec legitimam portionem heredum, neque quartam Falcidiam extraneorum ita imminui omnino posse, ut legitimo lucr exuantur.*

gen; so findet doch in dem Falle eine Ausnahme Statt, wenn einem Gläubiger seine Forderung, als ein legatum debiti, dergestalt vermacht worden ist, daß er sich deswegen an einen der Miterben allein halten solle. Hier kann der Gläubiger bloß den ihm angewiesenen Erben in Anspruch nehmen, wenn er das Legat fordern will, und dann braucht freylich auch den andern Miterben keine Sicherheit wegen der Schadloßhaltung bestellt zu werden. Sollte er indessen, wozu ihn denn auch Niemand nöthigen kann, das Legat nicht annehmen, und daher, welches ihm allemal noch freysteht, seine habende Forderung, ohne Rücksicht auf das Legat, verfolgen; so bleibt es bey der Regel. Der zur Bezahlung der Schuld angewiesene Miterbe behält dennoch diese Last, dem Willen des Erblassers gemäß, auf sich, und muß daher den übrigen das, was sie zu ihrem Antheile dem Gläubiger haben bezahlen müssen, wieder erstatten[79]). Dies, dünkt mir, ist die ganz richtige Entwickelung der von Jensius[80]) und Anton Faber[81]) ganz falsch verstandenen Stelle der *L.* 20. §. 5. *D. h. t.* wo es heißt:

Papinianus ait: Si uni ex heredibus onus aeris alieni iniungitur *citra speciem legati*, officio iudicis familiae erciscundae cognoscentis suscipere eum id oportere: *sed non ultra dodrantem portionis suae*, *ut quadrantem illibatum habeat.* Indemnes igitur coheredes suos praestare cavebit.

In

79) S. Westphals angef. System §. 723.

20) Strictur. ad Rom. iuris. Pandect. pag. 84.

81) Rational. in Pandect. ad h. L.

In den Basiliken[82]) findet sich zur Erläuterung dieser Stelle nichts. Es heißt blos:

Εαὶν ἑνὶ τῶν κληρονόμων ἐπιβληθῇ τὸ βάρος τῶν χρεῶν, ἀσφαλίξεται, ὅτι δίδωσιν αὐτὰ, σωξομένου μέντοι αὐτῷ τῦ τετραξγκίου τῦ ἰδίυ μέρους. i. e. *Si uni ex heredibus onus aeris alieni iniungitur, cavet se exsoluturum, salvo tamen triente portionis suae.*

Allein Cyrillus hat in den Scholien der Basiliken folgende Paraphrase, welche ich blos nach der Uebersetzung des Fabrots[83]) hier anführen will:

Testator quidam uni ex heredibus omne onus aeris alieni iniunxit, nec verbis legati nec fideicomissi usus; fortasse enim dixit, creditores mei a solo Titio debita sibi recipiant. Interrogatus Papinianus, qua actione Titius compelli posset a coheredibus, ut omne aes alienum dissolveret, respondit, competere eis iudicium familiae erciscundae. Quo instituto iudicis erunt partes, ut eum compellat, retento quadrante institutionis suae in rationem Falcidiae semissem eius cum caetero quadrante creditoribus meis praestare: quia falcidiam testator deminuere non potest.

Uebernimmt ein Miterbe durch Vertrag eine Schuld allein, so gilt zwar eine solche Uebereinkunft zwischen den Miterben, nicht aber zum Nachtheil der Gläubiger, als welchen ihr Recht, gegen jeden der Miterben nach Proportion ihres Erbtheils zu klagen, ohne Novation nicht entzogen werden kann[84]). Es gehören hierher folgende Stellen.

82) Tom. V. pag. 673.

83) Tom. V. Βασιλικῶν. pag. 704.

84) VOET h. t. §. 27.

L. 2. §. 5. *D. h. t.* In hoc iudicium, etsi nomina non veniunt, tamen si stipulationes interpositae fuerint de divisione eorum, ut stetur ei, et ut alter alteri mandet actiones, procuratoremque eum in suam rem faciat, stabitur divisioni.

L. 23. *C. h. t.* Licet pacto divisionis adversus singulos actio pro hereditariis portionibus creditori parata mutari non possit: tamen ad exhibendam fidem his, quae convenerant, stipulationis et iuris adhibito remedio, qui placitum excedit, urgeri potest: cum et hoc omisso, si non contrarium convenisse probaretur, praescriptis verbis conveniri potuisset.

L. 40. §. 2. *D. de pactis.* Post divisionem bonorum et aeris alieni singuli creditores a singulis heredibus, non interpositis delegationibus, in solidum, ut convenerat, usuras acceptaverunt: actiones, quas adversus omnes pro partibus habent, impediendae non erunt: si non singuli, pro fide rei gestae, totum debitum singulis offerant.

L. 25. *C. de pact.* Debitorum pactionibus, creditorum petitio nec tolli, nec mutari potest.

Sollten auch einige von den Gläubigern den Theilungsvertrag der Miterben anerkannt haben, so sind doch die übrigen daran nicht gebunden, sondern diese können gegen jeden der Miterben noch immer nach Verhältniß ihres Erbtheils klagen. *Res enim inter alios gestae aliis praeiudicium facere non possunt* [85]).

Stehen

85) *L.* 1. *Cod. Inter alios acta.* etc.

Stehen Capitalien mißlich, so daß schon zur Zeit der Theilung Gefahr ist, daß sie verlohren gehen könnten, so werden solche einstweilen auf gemeinschaftliche Gefahr noch in Gemeinschaft behalten, und auf gemeinschaftliche Kosten beygetrieben [86]).

§. 733.

Principien in Absicht auf die Bestimmung der Erbtheile. Kührrecht.

Die Erbtheilungsklage muß übrigens, als eine Universalklage, so verhandelt werden, daß durch das richterliche Erkenntniß nicht nur jeder der Miterben, die sich gemeldet haben, und getheilt seyn wollen, seinen Antheil erhalte, sondern auch der ganze Nachlaß dergestalt vertheilt werde, daß nichts übrig bleibt. Ist das Erkenntniß nicht auf die ganze Erbmasse gerichtet, oder die Theilung nicht unter den sämmtlichen Miterben geschehen, so ist alles nichtig, was in der Erbtheilungssache erkannt worden ist.

PAULUS *Lib. I. Sententiar. Receptar. Tit.* 18. §. 2. et 4. [87]) De omnibus rebus hereditariis iudex cognoscere debet, celebrata divisione, ut semel de omnibus pronunciet. — Iudex familiae erciscundae nec inter paucos coheredes, sed *inter omnes* dandus est; *alioquin inutiliter datur.*

L. 25. §. 20. *D. h. t.* Iudex familiae erciscundae nihil debet indivisum relinquere.

86) S. von Trützschler Anweisung zur vorsichtigen und förmlichen Abfassung rechtlicher Aufsätze. 1. Th. 3. Hptabth. 4. Hptst. §. 23. S. 530.

87) In SCHULTINGII Iurispr. Antejust. pag. 258.

L. 27. *D. eodem.* In hoc iudicio condemnationes et abſolutiones in omnium perſona faciendae ſunt: et ideo, ſi in alicuius perſona omiſſa ſit damnatio, in caeterorum quoque perſona, quod fecit iudex, non valebit: quia non poteſt ex uno iudicio res iudicata in partem valere, in partem non valere.

Viele [88]) erklären zwar dieſe Stelle mit Cujaz [89]) blos von perſönlichen Leiſtungen, weil die Theilung der Sachen ſelbſt durch Adjudication und Condemnation geſchieht. Allein der angeführte geſetzliche Grund iſt allgemein, und geht auch auf die Theilung der Sachen ſelbſt. Es kann indeſſen nur von ſolchen Sachen die Rede ſeyn, die den Gegenſtand der Klage ausmachten. Denn ſollten ſich in der Folge noch Sachen finden, die zur Erbſchaft gehören, und alſo nicht zur Theilung gekommen waren, ſo entſteht daraus keine Nichtigkeit deſſen, was der Erbtheilung wegen ſchon erkannt worden iſt, ſondern es kann nur noch wegen der übrigen Sachen communi dividundo geklagt werden [90]). Erſtreckt ſich die richterliche Sentenz auf die ganze Erbſchaft, es ſind aber Sachen mit zur Theilung gezogen worden, die kein Gegenſtand der Theilungsklage waren, noch ſeyn konnten; ſo iſt deswegen das Erkenntniß nicht ganz ungültig, ſondern es gilt nur in An-

88) *Arn.* VINNIUS Select. iuris Quaeſt. Lib. I. cap. 38. *Io.* VOET Commentar ad Pand. h. t. §. 25. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 241. *Ant.* SCHULTING Theſium controverſar. Decad. XXIX. Th. 7. und POTHIER Pandect. Iuſtin. Tom. I. h. t. Nr. XCVI. not. i. pag. 320.

89) Obſervation. Lib. XXIII. cap. 1.

90) *L.* 20. §. 4. *D. h. t.*

Ansehung dieser Sachen nicht[91]). Dieser Fall muß also von jenem wohl unterschieden werden, da das Erkenntniß unvollständig ist, und nicht alles unter sich begreift, was zum Gegenstand der Klage war gemacht worden. Hier gilt die Sentenz nicht. Mit Recht sagt Greve[92]): *Quodsi quaedam res indivisae relictae sunt, iudicio quidem communi dividundo agetur; sed iudex de rebus in iudicium deductis non pro parte, sed integre pronunciare debet, ex uno enim iudicio non potest res iudicata in partem valere, et in partem non valere, h. e. sententia non potest scindi in partes, ita ut de ea re, quae in iudicium venit, partim iudicetur, partim non iudicetur, imo propter partem, quae omissa est, etiam pars, de qua iudicatum est, pro non iudicata habetur.* Eben so Brunnemann[93]): *Licet actio haec inter pauciores coheredes ex pluribus institui possit*[94]*; inter eos tamen coheredes, qui in iudicio agunt, et super iis rebus, quae in iudicium deductae, plena debet esse sententia, ut neque persona, neque res in iudicium deducta omittatur; alias neque in caeteris rebus valebit, licet res quaedam singulares, super quibus hoc iudicium non versatur, indivisae relinqui possint. Nam sunt diversae quaestiones: An de diversis rebus, altera bene, altera male iudicatum sit? Et an de re una vel altera plane non iudicaverit, cum tamen fuerit in iudicium deducta.* Eben so erläutert auch Wissenbach[95]) die oben angeführte

91) *L. 41. D. h. t. L. 24. D. de iure patronat.*

92) *Pet. de* GREVE Exercitat. ad Pandectar. loca difficiliora. Exercit. X. §. 19. pag. 256.

93) Commentar. ad Pandect. h. t. ad L. 27. cit. nr. 1. et 2.

94) *L. 2. §. 4. D. h. t.*

95) Exercitation. ad L. Pand. libros Disp. XXII. Th. 10. pag. 226. sq.

L. 27. *b. t.* wenn er ſagt: *Unum iudicium non poteſt ſcindi in partes, ita ut de ea re, quae deducta eſt in iudicium, partim iudicetur, partim non iudicetur: ſed quae tota cauſa in iudicium deducta eſt, totam etiam ſententia iudicis dirimi oportet. Plena eſſe debet ſententia iudicis* [96]). *Semiplena non valet.* Hiermit ſtimmt endlich auch Weſtphal [97]) überein, welcher ſagt, es ſey nicht nöthig, die *L.* 27. *b. t.* mit Cujaz blos von den perſönlichen Leiſtungen zu verſtehen. Der Grund der Stelle ſey allgemein, und gehe alſo auch auf die Theilung der Sachen ſelbſt.

Soviel hiernächſt die Principien ſelbſt anbetrift, wornach die Theile der Erbſchaft überhaupt zu beſtimmen ſind, ſo kommt es zuvörderſt darauf an, ob die Miterben ab inteſtato, oder ex teſtamento ſuccediren. In dem erſten Falle treten die Grundſätze von der Vertheilung der Erbſchaft unter die Inteſtaterben ein, nach welchen die Erbſchaft bald nach den Köpfen, bald nach den Stämmen, bald nach den Linien zu vertheilen iſt. In dem letzten Falle hingegen iſt zunächſt darauf zu ſehen, ob der Teſtator etwa ſelbſt jedem Erben ſeinen Antheil angewieſen habe. Dann bleibt es bey dieſer Vertheilung. Sollte aber der Teſtator nur einen Theil des Nachlaſſes unter ſeine Erben vertheilt haben; ſo bleibt dem Theilungsrichter blos der Reſt zu vertheilen übrig, ohne an den vom Teſtator ſelbſt gemachten Theilen etwas ändern zu dürfen [98]).

Es

96) *L.* 19. §. 1. *D. de recept. arbitr.*

97) S. Weſtphals angef. Syſtem von den einzelnen Vermächtnißarten. §. 693.

98) *L.* 10. *C. h. t. L.* 10. *Commun. utriusq. iudicii. L.* 21. *C. h. t.*

Es müßten denn so viel Schulden da seyn, daß der Rest nicht zureicht, oder aber ein Notherbe in seinem Pflichttheile verkürzt seyn [99]). Ausserdem wird der Ueberrest nach dem Verhältniß der Erbantheile vertheilt, wofern nicht etwa den einzelnen Erben, statt idealer Theile, nur einzelne Sachen wären angewiesen worden. Denn diese erhalten sie sodann als ein Prälegat [100]). Hätte hingegen der Vater eine Theilung unter seinen Kindern ab intestato gemacht, und einige Stücke ungetheilt gelassen, so befolgt zwar der Richter den Willen des Vaters, wegen der noch ungetheilten Stücke hingegen richtet er sich nach der Intestaterbfolge, als welche durch die Theilung unter den Kindern in Ansehung der noch ungetheilten Sachen nicht gehindert wird [1]). Hat der Testator die Erben ohne Bestimmung gewisser Theile instituirt, so wird die Verlassenschaft in gleichen Theilen unter sie vertheilt, jedoch stellen mehrere in derselben Proposition genannte Erben in Rücksicht anderer nur eine Person vor [2]). Es sind daher nur so viel Theile

99) *L. 35. §. 1. D. de hered. instit.*

100) *L. 9. §. 13. L. 35. §. 1. D. de hered. instit. L. 77. §. 8. D. de legat. I.* S. VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 1. in fin. und *Ant.* SCHULTING Thesium controv. Decad. XXVIII. Th. 10.

1) *L. 11. L. 21. C. h. t. L. 32. D. h. t.* Der Ausdruck *portio hereditaria* bedeutet in diesen Stellen soviel als Intestaterbtheil. S. *Hub.* GIPHANII Explanat. difficilior. et celebrior. LL. Cod. ad L. 21. C. h. t. Verb. *Pro virili praeterea portione.* pag. 184. *Io. Iac.* WISSENBACHII Exercitat. ad Pand. Disput. XXII. Th. 11. *Pet. de* GREVE Exercitat. ad Pandect. loca difficil. Exercit. X. Th. 18. in fin. pag. 255. Man sehe auch, was davon oben S. 31. Not. 92. und S. 32. Not. 94. vorgekommen ist.

2) *L. 11. D. de heredib. instit.*

Theile zu machen, als der Testator Sätze gemacht hat, wofern nicht aus andern Umständen das Gegentheil zu schliessen ist [3]).

In Rücksicht der einem Jeden insbesondere zuzutheilenden Sachen müssen die Erben, sofern der Testator hierüber nichts bestimmt hat, mit einander übereinkommen, welches Stück jedem von ihnen zu Theil werden soll. Wäre aber eine solche Uebereinkunft nicht möglich, so muß die Sache durch das Loos entschieden werden [4]). Nach gemeinen Rechten steht also keinem der Miterben vor dem Andern ein Wahlrecht zu. Es bringt vielmehr die Natur der Erbtheilungsklage, als eines iudicii bonae fidei, mit sich, daß die vollkommenste Gleichheit unter den Miterben beobachtet werde [5]). Zuweilen kann jedoch bey Erbtheilungen ein besonderes Recht Statt finden, welches man das Kührecht nennt, wach welchem überhaupt unter mehreren Erben, wenn der Erblasser keine Theilung gemacht hat, der ältere theilt, und der jüngere wählt; unter mehreren Erben verschiedenen Geschlechts aber die Frauensperson die Theile macht, und die Mannsperson ohne Rücksicht auf Alter

3) *L. 13. pr. D. eodem.* wo gesagt wird, die Formel *aeque heredes sunto*, deute an, omnes ex virilibus partibus institutos. Man sehe jedoch über die heutige Anwendbarkeit dieser römischen Verordnungen Höpfners Commentar über die Institutionen. §. 494. S. 556.

4) *L. 2. C. Quando et quibus quarta pars. Nov. 162. cap. 3.*

5) *L. 9. et 11. Cod. fam. erciſc. L. 4. C. communi divid. Chriſt. Lud.* CRELLII Diſſ. de praeſumtione aequalitatis in iudiciis diviſoriis. *Vitemb. 1735.* §. 7.

ter die Wahl hat [6]). Es ist aber dieses Recht ein bloßes teutsches Partikularrecht, welches aus dem gemeinen Rechte nicht gründlich erwiesen werden kann [7]); obwohl nicht zu läugnen ist, daß schon unter den Alten, sowohl römischen Philosophen [8]), als Kirchenvätern [9]), mehrere bei Theilungen es der Billigkeit und der Natur der Sache gemäß erachtet haben, wenn dem Aeltern die Theilung, dem Jüngern aber die Wahl überlassen werde; weil dem erstern mehr Kenntniß und Erfahrung zugetrauet werden kann, um die Erbschaft nach einem richtigen Verhältniß in gleiche Theile abzutheilen, und alsdann keiner sich beschweren kann, wenn dem Jüngern die Freyheit, einen Theil für sich zu wählen,

6) *Io. Volckm.* BECHMANN Diss. de eo, quod iustum est circa optionem minoris heredis. *Ienae 1673. Ad.* REIZER Diss. de eo, quod circa optionem filii natu minoris prae natu maiore in hereditatis paternae divisione iustum est: sive brevis exegesis iuridica in notum istud diverbium: *Major dividit, minor eligit.* Bambergae 1762. und Pütter über das sogenannte Kührrecht bey brüderlichen Erbtheilungen; in Desselben Erörterungen und Beyspielen des teutschen Staats- und Fürstenrechts 1. Band. 9. Erört. S. 447. ff.

7) S. CUJACIUS in Commentar. ad tres postrem. libros. Cod. Lib. X. Tit. 34. L. 2. in fin. et in Observat. Lib. XIII. cap. 24. *Arn.* VINNIUS Selectar. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 35. *Rad.* FORNERIUS Rerum Quotidianar. Lib. V. cap. 22. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iuris Rom.* Tom. II. pag. 273.) *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Decad. XXIX. Th. 4.

8) SENECA *Declamat. VI. 3.* et *de Benefic. V. 16. Sulpit.* VICTOR *Institut. orator.*

9) AUGUSTINUS *de civitate Dei Lib. XVI. c. 20.* und AMBROSIUS *de Abrahamo* Lib. I. cap. 3.

wählen, gestattet wird. Zwar haben sich die Canonisten [10]) vorzüglich bemüht, die Gemeingültigkeit des Kührrechts aus dem kanonisch päbstlichen Gesetzbuche zu begründen; sie haben sich deswegen besonders auf das *Cap.* 1. *X. de parochiis* berufen, nach welchem zur Theilung eines Bisthums zwischen einem, von dem Abwege der Ketzerey zurückgekehrten, und dem inzwischen an seine Stelle gesetzten neuen Bischoffe durch die Verordnung einer afrikanischen Kirchenversammlung vom Jahre 418. die Vorschrift ertheilt worden, *ut ille dividat, qui amplius temporis in Episcopatu habet, et minor eligat.* Es leuchtet jedoch Jedem in die Augen, daß dieser Text gar nicht hierher gehöre, sondern von einem ganz andern Falle rede. Indessen ist dennoch jenes Recht bey Erbtheilungen in mehreren teutschen Ländern unter dem Ansehen des kanonischen Rechts, und seiner Lehrer üblich geworden, so wie insonderheit in Sachsen sowohl bey Lehn- als andern Gütern unter Adelichen, Bürgern und Bauern bis auf den heutigen Tag noch darauf gehalten wird [11]). Doch ist das Kührrecht nie zu einer allgemeinen Regel in Teutschland geworden. Wer sich also bey Erbtheilungen, ausserhalb Sachsen, darauf beruft, muß beweisen, daß es an dem Orte eingeführt sey [12]). Es fällt dieses Recht auch dann weg, wenn der Jüngere, dem es zusteht, vor der Thei-

10) GONZALEZ TELLEZ Commentar. ad Decretal. Lib. III. Tit. 29. Cap. 1. Tom. III. pag. 573.

11) CARPZOV Iurispr. for. P. III. Const. XV. Def. 24. von Trützschler Anweisung zur vorsichtigen und förml. Abf. rechtl. Aufsätze 1. Th. 3. Hauptabth. 4. Hptst. §. 22. Not. c.

12) LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXV. medit. 7. BOEHMERI Consultat. Tom. II. P. I. Resp. DXCIV. Qu. 1. nr. 14.

Theilung stirbt [13]), oder sich desselben gegen eine gewisse Abfindungssumme begiebt, welche man das Kührgeld zu nennen pflegt [14]).

§. 734.

Wirkung einer geschehenen Erbtheilung. In wiefern kann sie angefochten werden?

Ist nun die Erbtheilung geschehen, so bestehen die Wirkungen derselben darin.

1) Ein jeder Erbe erhält dadurch das ausschließende Eigenthum an den ihm zu Theil gewordenen Sachen. Dieses Eigenthum geht durch Adjudication sogleich und von dem Augenblick an auf den Erben über, da ihm die Sache durch das richterliche Urtheil zugesprochen worden ist. Ist hingegen die Theilung durch eine bloße Uebereinkunft der Interessenten geschehen, so wird das ausschließende Eigenthum erst durch die Uebergabe erworben. Jenes bestätiget die Stelle in den Institutionen §. 7. *I. de officio iudic.*

Quod autem istis iudiciis alicui adjudicatum fuerit, *id statim eius fit, cui adiudicatum est* [15]).

Letzteres

13) S. Bechmann cit. Diss. Cap. VI. §. 6. und REIZER Diss. cit. §. 38.

14) S. Joh. Fried. Eisenharts Grundsätze der deutschen Rechte in Sprüchwörtern 3. Abth. Nr. XVI. §. 3. S. 310.

15) ULPIAN *Fragm. Tit. XIX. §. 16.* ADIUDICATIONE dominia nanciscimur per formulam familiae erciscundae, quae locum habet inter coheredes.

Letzteres aber erhellet aus *L.* 15. *Cod. h. t.* wo die Kaiser Diocletian und Maximian folgendes rescribiren.

Si divisionem conventione factam etiam *possessio* consensu secuta, *pro solido dominium rerum*, quas pertinere ad patrem tuum placuit, *ei firmavit*: earum vindicationem habere potes, si patri successisti. Si vero placitum divisionis usque ad pactum stetit: arbiter familiae erciscundae iudicio vobis datus, communionem inter vos finiri providebit.

Deutlicher ist dieses Gesetz in den Basiliken [16]) gefaßt, wo es folgendermaßen lautet:

Η κατὰ συναίνεσιν γενομένη διαίρεσις, ἐὰν καὶ παραδόσις παρακολουθήσῃ, δεσπότην ἕκαστον ποιεῖ τῶν ἐπιλαχόντων αὐτῷ πραγμάτων. ἐὰν δὲ μὴ γένηται παράδοσις, ἀνάγκη κινηθῆναι τὸ δαιρεῦν τὸν κλῆρον δικαστήριον· ἵνα ἐκεῖ διαιρεθῇ τὰ ἀπὸ τῆς κληρονομίας ἐπίκοινα πράγματα. i. e. *Divisio conventione facta, si traditio quoque secuta sit, unumquemque rerum, quae ei obtigerunt, dominum facit. Si vero traditio nulla fiat, iudicio familiae erciscundae agi necesse erit, per quod res communes hereditariae dividantur.*

2) Die Miterben müssen einander in Ansehung der auf einen jeden zu seinem Antheile gefallenen Sachen die Gewähr leisten, d. h. wenn einem Miterben Sachen, die auf sein Loos gefallen sind, entwährt werden, so sind die übrigen Erben verbunden, jenen nach dem Verhältniß ihrer Erbtheile für den erlittenen Verlust zu entschädigen.

West=

16) Tom. V. Lib. XLII. Tit. 3. Constit. 72. pag. 691.

Westphal [17]) leitet diese Verbindlichkeit daher, weil die Theilung bald als ein Tausch, bald als ein Kauf anzusehen ist [18]), bey diesen Contracten aber die Gewähr vermöge der Natur derselben geleistet werden müsse. Allein das in den Gesetzen selbst ausgedrückte wahre Princip dieser gegenseitigen Gewährleistung ist *aequum ius*, Gleichheit der Rechte. Hierin besteht die Billigkeit, welche die Seele der Theilungen ist [19]). Nur in Ansehung der wegen der Gewährleistung statt habenden Klage kommt jener Umstand in so weit in Betrachtung, daß die Klage entweder die *actio praescriptis verbis* oder die *actio emti* ist. Die hierher gehörigen Stellen sind:

L. 14. *Cod. h. t.* Si familiae erciscundae iudicio, quo bona paterna inter te ac fratrem tuum *aequo iure* divisa sunt, nihil super evictione rerum singulis adjudicatarum specialiter inter vos convenit, id est, ut unusquisque eventum rei suscipiat: *recte possessionis evictae detrimentum fratrem et coheredem tuum pro parte agnoscere*, Praeses provinciae *per actionem praescriptis verbis* compellet.

L. 7.

17) System von den einzelnen Vermächtnißarten. §. 834. u. 835.

18) *L.* 1. *C. Commun. utriusq. iudicii.*

19) *L.* 11. *L.* 14. *C. h. t. L.* 4. *C. Communi divid. L.* 3. *C. Commun. utriusq. iudic.* S. CRELLII Diss. de praesumtione aequalitatis in iudiciis divisoriis §. 6. et 7. und Ebendesselben Diss. Utrum divisio per sortitionem facta ob laesionem rescindi possit? *Vitemb.* 1743. §. 2. circa fin. und SCHOEMANS Handbuch des Civilrechts 1. Bd. S. 129.

L. 7. Cod. Commun. utriusque iudic. Si fratres vestri pro indiviso commune praedium citra vestram voluntatem obligaverunt, et hoc ad vos secundum pactum divisionis, nulla pignoris facta mentione, pervenit: evictis partibus, quae ante divisionem sociorum fuerunt, in quibus obligatio tantum consistit, ex stipulatu, si interceſſit: alioquin, quanti interest, praescriptis verbis contra fratres agere potestis. Nam si fundi, scientes obligationem, dominium susceptistis, tantum evictionis promissionem solennitate verborum, vel pacto promissam probantes, eos conveniendi facultatem habebitis.

Es ergiebt sich zugleich aus diesen Stellen, daß die Verbindlichkeit zur Evictionsleistung wegfällt, wenn auf diese Forderung Verzicht gethan worden ist, welches sowohl ausdrücklich als stillschweigend geschehen kann, wenn nämlich der Miterbe von dem Anspruche des Dritten auf der ihm zugetheilten Sache wußte, und die Sache übernahm, ohne sich wegen der Gewährleistung vorzusehen[20]). Auf jeden Fall kann auch der Evictus nur das fordern, was er ohne seine Schuld durch die Eviction verlohr. Denn was er durch Einreden gegen den Evincenten retten konnte, und doch nicht rettete, dafür kann er keine Entschädigung fordern, wenn anders der Miterbe nicht in dolo

20) S. Westphals angef. System §. 835. Nach dem französischen Civilrechte findet kein stillschweigender Verzicht auf Gewährleistung Statt. *Cod. Napol.* Art. 885. S. *Kar. Sal.* ZACHARIAE Handb. des französ. Civilrechts 2. Bd. §. 353. S. 191.

dolo war [21]). Auch ist der Zufall, wodurch die dem einen Miterben zugetheilte Sache vor der Eviction am Werthe verlohren hatte, den übrigen Miterben unnachtheilig [22]). Sie ersetzen dem entwährten Erben in diesem Falle nur verhältnißmäßig den jetzigen Werth, den die Sache zur Zeit der Eviction noch hatte. Der Schade ist hier blos auf seiner Seite [23]). Hatte hingegen der Erbe die evincirte Sache auf seine Kosten verbessert, so muß ihm diese Verbesserung, so fern er deswegen keine Vergütung von dem Evincenten erhalten hat, von den übrigen Miterben verhältnißmäßig vergütet werden. Außerdem bleibt es bey dem Werthe, für welchen die evincirte Sache dem Miterben bey der Theilung zugeschlagen worden ist [24]). Folgende Stelle setzt dieses alles außer Zweifel.

L. 66. §. 3. *D. de Evictionib.* Divisione inter coheredes facta, si procurator absentis interfuit, et dominus ratam habuit, evictis praediis in dominum actio dabitur, quae daretur in eum, qui negotium absentis gessit, ut, quanti sua intereſt, actor consequatur: scilicet *ut melioris aut deterioris agri facti causa finem pretii, quo fuerat tempore divisionis aestimatus, deminuat vel excedat.*

Wächter

21) *L.* 45. §. 1. *D. de actionib. emti et venditi.*

22) *L.* 45. *pr. D. de act. emti vend.*

23) *L.* 70. *D. de evictionib.*

24) S. *Io. Sam. Frid.* BOEHMERI Diss. de computatione pretii in evictionis praestatione. *Halae 1745.* und SCHOEMANS Handbuch des Civilrechts 2. Bd. S. 128. ff.

Wächtler [25]) hat also offenbar unrecht, wenn er glaubt, daß der Preis, für welchen die Sache dem Erben bey der Theilung zugeschlagen worden ist, ihm auch dann von den übrigen Miterben verhältnißmäßig vergütet werden müsse, wenn auch schon die Sache durch seine Nachlässigkeit zur Zeit der Eviction an ihrem Werth verlohren gehabt hätte. Der von ihm aufgestellte Satz: *Pretium, tempore divisionis determinatum, immutabile et perpetuum est*, streitet gegen Recht und Billigkeit; und der Grund: *Oritur laesio non hodie, ubi fundus evincitur, sed tantum manifestatur; suberat autem ipso tempore factae divisionis, quo adhuc incertum erat, melior an deterior evasurus fundus apud ipsum foret*; ist gar keiner Widerlegung werth, da so klare Gesetze *L.* 66. §. 3. *L.* 70. *D. de evict. L.* 45. *pr. D. de act. emti vend.* ihm entgegen streiten.

Uebrigens ist die Verbindlichkeit zur gegenseitigen Gewährleistung unter den Miterben so fest gegründet, daß es dem Theilungsrichter sogar zur Pflicht gemacht wird, bey der Adjudication zugleich wegen der Gewährleistung auf die Sicherheit derer bedacht zu seyn, denen er die Sachen zuerkennt.

L. 25. §. 21. *D. h. t.* Item curare debet, *ut de evictione caveatur* his, quibus adiudicat.

3) Eine einmal gemachte und vollzogene gesetzmäßige Erbtheilung kann in der Regel von den Erben nicht angefochten, und umgestoßen werden.

L. 8.

25) Opusc. iuridico-philolog. a *Chr. Henr.* TROTZ edit. *Trajecti ad Rhen. 1733.* 8. pag. 153. sq.

L. 8. *Cod. Commun. utriusque iudic.* Si inter vos maiores annis viginti quinque rerum communium divisio, relicta vel translata possessione, finem accepit: instaurari mutuo bona fide terminata consensu minime possunt.

Ausnahmen finden Statt,

a) wenn die Theilung unter einer Bedingung beliebt worden ist, und der andere Theil nachher diese Bedingung nicht erfüllen will[26]).

b) Wenn ein Theil den andern aus Irrthum für einen Miterben gehalten hat. Jedoch macht das Römische Recht einen Unterschied, ob die Theilung durch richterliche Adjudication geschehen ist, oder nicht. In jenem Falle soll die Theilung nicht angefochten werden können, in diesem aber wird die condictio indebiti gestattet, um das zurück zu fordern, was der falsche Erbe von der Erbschaft erhalten hat. Hierher gehört die *L.* 36. *D. h. t.* wo Paulus sagt:

Cum putarem, te coheredem meum esse, idque verum non esset, egi tecum familiae erciscundae iudicio: et a iudice invicem adiudicationes et condemnationes factae sunt: Quaero, rei veritate cognita, utrum condictio invicem competat, an vindicatio: et an aliud in eo, qui heres est; aliud in eo, qui heres non sit, dicendum est? Respondi: Qui ex asse heres erat, si, cum putaret, se Titium coheredem habere, acce-

26) *L.* 6. *C. Commun. utriusq. iudicii.* S. Westphals System §. 841.

perit cum eo familiae erciſcundae iudicium, et condemnationibus factis ſolverit pecuniam, *quoniam ex cauſa iudicati ſolvit*, repetere non poteſt. Sed tu videris eo moveri, quod non eſt iudicium familiae erciſcundae, niſi inter coheredes, acceptum: ſed, quamvis non ſit iudicium, *tamen ſufficit ad impediendam repetitionem, quod quis ſe putat condemnatum.* Quod ſi neuter eorum heres fuit, ſed, quaſi heredes eſſent, acceperint familiae erciſcundae iudicium, de repetitione idem in utrisque dicendum eſt, quod diximus in altero. Plane ſi ſine iudice diviſerint res, etiam condictionem earum rerum, quae ei ceſſerunt, quem coheredem eſſe putavit, qui fuit heres, competere dici poteſt: non enim transactum inter eos intelligitur, cum ille coheredem eſſe putaverit.

Der Geiſt dieſer Stelle iſt in den Baſiliken [27]) auf folgende Art dargeſtellt:

Εαν' εἰς ὁλόκληρον ὢν κληρονόμος, καὶ νομίξων σε συγκληρονόμον μοι εἶναι, διέλωμαι μετὰ σοῦ ἐν δικαστηρίω, καὶ δώσω σοί τινα ὡς ἀπὸ καταδίκης, ἂν ἔχει χωραν ὁ ἐπὶ τοῖς μὴ χρεωσουμένοις ἀπαιτητικὸς λόγος. κἂν γὰρ οὐ συνίσταται τὸ διαιροῦν τὸν κλῆρον δικαστήριον μεταξὺ τῶν μὴ ἀληθῶς κληρονόμων, ὅμως καὶ τὰ ἐν ὑπονοίᾳ καταδίκης καταβληθέντα ἐκ ἀναλαμβάνεται. τὸ αὐτὸ λέγομεν, κἂν μηδεὶς ἡμῶν τὴν ἀληθῆς κληρονόμος. εἰ δὲ χωρὶς δικαστηρίου διειλόμεθα, χωρα τῇ ἀπαιτήσει ἐπὶ τῷ ἀληθοῦς κληρονόμου. διαλύεσθαι γὰρ οὐ δοκεῖ ὁ κληρονόμον ὑπολαμβάνον τὸν μὴ ὄντα. i. e. *Si cum ex aſſe heres eſſem, teque coheredem habere exiſtimarem, accepto*

27) Tom. V. Lib. XLII. Tit. 3. Conſt. 35. pag. 680.

cepto arbitro familiae erciſcundae, quaedam ſolvero velut ex cauſa iudicati, indebiti condicioni locus non eſt. Quamvis enim iudicium familiae erciſcundae non conſiſtat niſi inter veros heredes, tamen quae quis opinione iudicati ſolvit, non repetuntur. Idem dicimus, quamvis neuter noſtrum verus heres fuit. Sin autem ſine iudicio diviſerimus res, vero heredi indebiti condictio competit. Non enim transigere videtur, qui putavit heredem eſſe, qui non erat.

Man ſieht hieraus, daß das ganze Gewicht der geſetzlichen Entſcheidung auf dem Anſehen und der Wirkung beruhet, welche in den Geſetzen überhaupt der Rechtskraft beygelegt wird. Die gemeine Wohlfahrt erfordert es freylich, daß die Rechtshändel ein gewiſſes Ziel haben, und die Partheyen ſich bey dem begnügen müſſen, was rechtskräftige Erkänntniſſe mit ſich bringen [28]). Daher muß in Gerichten das als wirkliches Recht oder Unrecht angeſehen und behandelt werden, was einmahl förmlich dafür erkannt worden iſt, wenn auch wirklich die Sache ſich ganz anders verhalten ſollte. Sehr beſtimmt ſagt **Ulpian** *L.* 25. *D. de ſtatu hom.* Ingenuum accipere debemus etiam eum, de quo ſententia lata eſt, *quamvis fuerit libertinus*, quia res iudicata pro veritate accipitur. Aus dem nämlichen Grunde muß denn auch das rechtskräftige Urtheil, wodurch Jemand für einen Miterben erklärt worden, der es wirklich nicht iſt, einen vollgültigen Beweis für ihn ausmachen, daß er dafür zu halten ſey, wenn auch das Gegentheil

28) *L. 65. §. 2. D. ad SCtum Trebell.* Cum Praetor, cauſa cognita, per errorem vel etiam ambitioſe iuberet hereditatem ut ex fideicommiſſo reſtitui: *etiam publice intereſt reſtitui, propter rerum iudicatarum auctoritatem.*

genthell erwiesen werden könnte. Denn nach dem Ausspruche Ulpians *L.* 56. *D. de re iudicata* soll nach rechtskräftig entschiedener Sache durchaus alle weitere Untersuchung über Recht und Unrecht des streitigen Gegenstandes als unzulässig zu verwerfen seyn. Post rem iudicatam nihil quaeritur. — Daß auch der Irrthum in der Regel die Rechtskraft nicht hindere, und daß dasjenige, was aus Irrthum, aber doch vermöge eines rechtskräftigen Urtheils, bezahlt worden ist, nicht zurückgefordert werden könne, erhellet auch aus neuern Gesetzen. *L.* 1. *C. de condict. indebiti* sagt: Pecuniae indebitae *per errorem*, *non ex causa iudicati solutae*, esse repetitionem iure condictionis, non ambigitur.

Durch diese Gründe, welche auch wirklich in dem Gesetz selbst liegen, unterstützen nun auch die meisten Ausleger [29]) die Entscheidung des Paulus. Es ist indessen nicht zu läugnen, daß ihr sehr erhebliche Zweifel entgegen stehen, wie insonderheit Voet [30]) und Westphal [31]) gezeigt haben. Denn 1) kann doch nur dasjenige für rechtskräftig entschieden gehalten werden, worüber unter den Partheyen gestritten worden ist. Nun ist aber in dem Falle, da man gegen einen vermeinten Miterben auf Theilung geklagt

29) S. *Ant.* FABRI Rational. in Pandect. ad L. 36. D. h. t. *Io.* VOET Comment. ad Pand. §. 34. *Pet. de* GREVE Exercitat. ad Pandect. loca difficil. Exercit. X. Th. 21. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 9. *Ant.* SCHULTING Thes. Controvers. Dec. XXVIII. Th. 6.

30) Comm. ad Pand. §. 34.

31) System der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten. §. 840. S. 513. f.

geklagt hat, die Frage, ob der Beklagte wirklich Miterbe sey, gar nicht zum Streit gekommen; sie konnte folglich auch durch die Adjudication nicht entschieden werden. Der Richter erkannte also nur unter der Voraussetzung, daß das Erbrecht unter den Partheyen für anerkannt und als unbezweifelt anzunehmen sey, über die Vertheilung der Erbschaft. Hierzu kommt 2) daß eine richterliche Sentenz, wenn sie auch die Rechtskraft schon erreicht haben sollte, dennoch rescindirt werden kann, wenn sie auf falsche Beweismittel gebauet war, welche der Richter und die Partheyen für ächt hielten. *L.* 3. *C. Si ex falsis instrumentis vel testimon. iudicat. sit.* Ein gleiches muß also auch in dem Falle gelten, wenn die Sentenz auf einem so offenbaren Irrthume beruhet, von welchem das Gesetz redet. Es kann daher keinem Zweifel unterworfen seyn, daß auch dem wahren Erben, nach entdecktem Irrthume, das Recht zustehen müsse, gegen seine Handlung der gerichtlich geschehenen Anerkennung des falschen Erben, und die hierauf gebauete richterliche Sentenz, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand um so mehr zu suchen, da der entschuldbare Irrthum überhaupt als eine gerechte Ursache der Restitution gesetzlich anerkannt ist [32]).

c) Kann eine Erbtheilung auch wegen erlittener Verletzung angefochten werden. Es ist hier vor allen Dingen zu bemerken, daß die Verletzung auf eine zweyfache Art gedacht werden könne. Ein Miterbe kann

1) durch eine unrichtige Taxe der ihm in der Theilung zugefallenen Sachen verletzt worden seyn. Z. B. Es ist

32) *L.* 2. *D. de in integr. restitut.* S. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3057.

ihm ein Acker, der nur 1000 fl. werth ist, für 1500 fl. angeschlagen worden. Wir wollen diese Läsion der Kürze wegen eine Verletzung im Anschlage nennen.

2) Ein Miterbe kann auch dadurch verletzt worden seyn, daß ihm bey einem ganz richtigen Anschlage der zugetheilten Sachen dennoch ein kleinerer Theil zugefallen ist, als ihm an der Erbschaft gebührt. Z. B. mir gebührt die Hälfte der Erbschaft, diese beträgt 6000 fl. Nun wird meinem Miterben ein Haus und ein Acker zugetheilt, wovon jenes 4000 dieser 3000 fl. nach einem richtigen Anschlage werth ist, ich hingegen habe eine Wiese und einen Weinberg zu meinem Antheil erhalten, wovon dieser nach einem richtigen Anschlage 3000 jener aber nur 2000 fl. werth ist. Man kann diese Verletzung eine Verletzung im Antheile nennen.

Beyde Arten der Verletzung können entweder einen dolus oder einen Irrthum zum Grunde haben. Hiernächst sind nun folgende Fälle zu unterscheiden.

I. Die Erbtheilung ist gerichtlich geschehen, d. h. es ist, nach vorher angestellter Erbsonderungsklage, über die Theilung gestritten, und dieser Streit durch richterliches Erkenntniß entschieden worden. Hier ist wieder zu unterscheiden

A. die Verletzung ist durch einen Dolus verursacht worden, und zwar entweder

1) des Richters selbst, und dann war die Ursache dieser Partheylichkeit entweder

a) eine Bestechung des Richters. Hier ist das richterliche Urtheil schon von selbst null und nichtig[33]), und

33) *L. 7. C. Quando provocat. non est necess.*

und der Richter kann noch überdies bestraft werden [34]). Oder

b) der Richter war nicht bestochen, durch dessen Partheylichkeit ein Miterbe verletzt worden ist. Hier ist das richterliche Urtheil zwar an sich nicht ungültig, und wird daher, wenn kein Rechtsmittel dagegen eingewendet worden, in Rücksicht der Miterben rechtskräftig [35]). Allein kann der Richter einer vorsetzlichen Partheylichkeit überführt werden, so kann ihn der Verletzte actione in factum, oder actione male iudicati auf den Ersatz des verursachten Schadens belangen [36]).

2) Die Verletzung ist durch den Dolus des andern Miterben geschehen. Hier ist zwar das Urtheil nichtig [37]); doch kann auch der verletzte Theil dasselbe gelten lassen, in soweit er nicht verletzt ist [38]).

B. Wenn hingegen bey einer gerichtlichen Theilung die Verletzung durch Irrthum geschehen ist, so ist zwar außer Zweifel, daß, wenn der Irrthum noch innerhalb der

34) *Nov. CXXIV. Cap. 2. et Avth.* Novo iure. *Cod. de poena iudic. qui male iudicavit.* VOET Comm. ad Pand. Lib. V. Tit. 1. §. 58. und *Io. Adr.* MEURS Diss. de inaequali hereditatis divisione corrigenda. Cap. IV. §. 2. in fin. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. novo Dissertat. iurid. Belgicar. Vol. III. T. I. pag. 347.*)

35) *L. 65. §. 2. D. ad SCtum Trebell. L. 27. D. de re iudic.*

36) *L. 15. §. 1. D. de iudic. L. ult. et Avth.*, Novo iure. *Cod. de poena iud. qui male iudic.*

37) *L. 8. C. de Collat.*

38) *L. 13. §. 5. D. de act. emti vend.* Ger. NOODT de forma emendandi doli mali Cap. 9. §. *Illud.* Tom. I. *Oper.* pag. 366.

der zehntägigen Appellationsfrist entdeckt wird, ein Rechtsmittel gegen den richterlichen Spruch eingewendet werden könne. Ob aber auch noch nach Ablauf dieser Frist die richterliche Theilung wegen eines dabey vorgefallenen Irrthums angefochten werden könne, ist eine Frage, worüber die Rechtsgelehrten sehr verschiedener Meinung sind. Einige [39]) läugnen dies schlechterdings, wenn die Läsion auch noch so erheblich seyn sollte, ob rei iudicatae auctoritatem. Andere [40]) hingegen behaupten, das Urtheil könne allerdings wegen einer Verletzung über die Hälfte angefochten werden. Allein nach der richtigern Meinung ist ein Unterschied zu machen, ob durch das richterliche Urtheil der Erbe in dem ihm gebührenden Antheile selbst, oder ob er blos im Anschlage der ihm zu Theil gewordenen Sache verletzt worden ist. In jenem Falle, da mir z. B. der Richter, ohngeachtet ich zum dritten Theile Erbe war, und auch von demselben als solcher anerkannt wurde, dennoch nur soviel Sachen zugesprochen hat, daß sie, nach dem vom Richter selbst gemachten Anschlage, nur den vierten Theil der Erbschaft

39) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 24. BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 6. §. 3. not. 9. in fin. *Io. Ortw.* WESTENBERG Dig. h. t. §. 19. SCHAUMBURG Compend. iuris Dig. h. t. §. 10. in fin. BOEHMER Introduct. in ius Dig. h. t. §. 225. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 3058. in fine. und MEURS Diss. cit. Cap. II. §. 9—13.

40) VOET de familia erciscunda Cap. XIV. nr. 5. WESENBEC Paratitl. Pand. h. t. nr. 8. BRONCHORST Enantiophan. Centur. II. Assert. 12. *Henr.* COCCEJI Diss. de remedio L. 3. C. Commun. utriusq. iud. Sect. I. §. 5. sq. (*Exercitat curios.* Vol. 2. Nr. 5.) *Sam. de* COCCEJI Iur. civ. controv. h. t. Qu. 6. et Lib. XVIII. Tit. 5. Qu. 11. et 13.

schaft ausmachen, ist ein sichtbarer Irrthum in der Rechnung vorhanden. Nun kann aber wegen eines solchen Irrthums auch ein rechtskräftiges Erkenntniß angefochten werden[41]). In dem letztern Falle aber kommt zwar dem verletzten Erben, wenn er noch minderjährig ist, die Wohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu statten[42]); der Großjährige hingegen wird auch nicht einmal bey einer Verletzung über die Hälfte gegen ein rechtskräftiges Urtheil restituirt, wofern nicht sonst ein rechtmäßiger Grund zur Restitution vorhanden ist[43]).

II. Die Theilung ist außergerichtlich geschehen, gleichviel, ob Theilrichter[44]), so wie sie an einigen Orten üblich

41) *L. 1. §. 1. D. Quae sentent. sine appellat. resc.* PAULUS *Sent. Recept. L. V. Tit. 5. §. 11. Iacob* CUJACIUS in Recitationib. Solemn. in libr. Cod. Iustin. Lib. VII. Tit. 52. MEVIUS P. IV. Decis. 300. P. VI. Decis. 30. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. §. 457. Nr. I. pag. 266. Sollte über einen vorgegebenen Irrthum in der Rechnung selbst entschieden worden, und dieses richterliche Urtheil in die Rechtskraft übergegangen seyn, so findet keine Rescission Statt. *L. un. Cod. de errore calc.* PACIUS Εναντιαφ. Cent. VII. Qu. 73. und CUJACIUS c. l.

42) *L. 9. pr. L. 16. §. 5. D. de minorib. L. fin. D. h. t. L. 4. C. Si adv. rem iudicat. L. 1. C. Si adv. transact. vel divis.*

43) S. Griesingers Commentar über das Wirtemberg. Landrecht. 3. Bd. S. 652. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. Tom. II. Lib. XVIII. Tit. 3. Qu. 13. not. c. pag. 430. und THIBAUT Syst. des Pand. Rechts. 2. Bd. §. 729. a. E. S. 153.

44) Solche Theilrichter, so wie dergleichen im Wirtembergischen üblich sind, haben keine eigentliche Jurisdiction, ihre Aussprüche werden daher auch nicht res iudicatae. S. *Mich.* GRASSI Diss. de arbitriis familiae erciscundae §. 24. BESOLD Consil. Tübing. CCLII. nr. 2. HARPPRECHT Consil. LVIII. nr. 272. Griesinger a. a. O. Not. p. S. 649.

üblich sind, hinzugezogen worden, oder nicht; oder ob die Theilung gerichtlich bestätiget worden ist, oder nicht. Denn in allen diesen Fällen wird die Theilung nur als eine aussergerichtliche angesehen[45]), insofern darunter eine jede Theilung verstanden wird, welche nicht in der Form einer Rechtssache, und also durch keinen ordentlichen Richterspruch geschehen ist[46]). Hier lassen sich folgende Fälle gedenken.

1) Ein Miterbe ist bey einer solchen Theilung durch den Dolus des andern verletzt worden. Daß hier die Theilung, ohne Rücksicht auf Größe der Läsion, angefochten, und auf Abänderung einer jeden durch den Betrug des andern Miterben verursachten Ungleichheit gedrungen werden könne, darüber sind alle Rechtsgelehrten einverstanden[47]). Der Verletzte kann entweder mit der actio familiae

45) S. Strubens rechtliche Bedenken 5. Th. Bed. 137. THIBAUT Syst. des P. R. 2. Bd. §. 728. a. E.

46) Pro *iudiciali* enim *divisione*, quae sententia iudicis peragitur, et auctoritatem rei iudicatae nanciscitur, agnosci non potest *nuda conventio divisoria, in iudicio facta, et a iudice confirmata:* sagt Ge. Lud. Böhmer in den auserlesenen Rechtsfällen 1. Bandes 2. Abth. Nr. 76. S. 592. Nr. 6. Man sehe auch SCHWEDER Diss. de remedio L. 3. C. Commun. utriusq. iudic. §. 4.

47) *L. 3. Cod. Commun. utriusq. iudic. L. 35. D. de pactis.* Dolus enim *qualitate facti*, non *quantitate pretii* aestimatur. *L. 10. C. de resc. vendit.* S. *Ios.* FINESTRES Commentar. in Hermogeniani libr. VI. Epitomar iur. Lib. II. ad L. 23. D. Locati. §. 8. et 9. pag. 485. *Chr. Lud.* CRELLII Diss. Utrum divisio per sortitionem facta ob laesionem rescindi possit? *Vitembergae 1743.* §. 3. *Ge. Christ.* GEBAUER Diss. de hercto cito ob inaequalitatem in melius reformando. rec. *Goettingae 1777.* §. 5. sqq. *Ger.* NOODT de forma emendandi doli mali Cap. VII. Tom. I. *Oper.* p. 362. u. a. m.

miliae erciſcundae darauf klagen, daß die Theilung von neuem vorgenommen werde, oder er kann ſchlechthin dasjenige zurückfordern, was der andere Miterbe wegen ſeines Betrugs mehr erhielt, als ihm zu ſeinem Antheil gehörte[48]).

2) Ein Miterbe iſt durch Irrthum verletzt worden. Inwiefern hier eine außergerichtliche Theilung der Verletzung wegen angefochten werden könne, iſt unter den Rechtsgelehrten ſehr ſtreitig. Es giebt hierüber dreyerley Meinungen. Einige[49]) behaupten, daß eine außergerichtliche Theilung wegen einer jeden Verletzung aus Irrthum angefochten werden könne. Denn dies erfordere die Gleichheit und Billigkeit, welche nach der *L.* 3. *Cod. Commun. utriusque iudicii* der alleinige Maasſtab ſey, wornach Theilungen regulirt werden müßten. Andere[50]) nehmen an, daß eine außer-

48) *L. 8. Cod. de Collat.*

49) *Hub.* GIPHANIUS Explanat. difficilior ac celebrior Legg. Cod. ad L. 3. C. commun. utr. iudicii Lib. III. pag. 203. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandect. h. t. §. 25. et 26. *Ant.* MERENDA Controverſiar. iuris Lib. I. cap. 37. *Andr.* FACHINAEUS Controv. iur. Lib. VIII. Cap. 36. *Ant.* PEREZ Praelect. in Cod. Lib. III. Tit. 38. nr. 5. SUENDENDOERFFER ad *Eckolti* Compendiar. Pandect. Tractat. h. t. §. 6. ad verb. DIVIDANTUR. *a* LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. II. Specim CXVII. medit. 5. *Io. Henr.* BERGER Diſſ. de reformatione diviſionis extraiudicialis ex cauſa modicae laeſionis. *Vitemb. 1692. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 7. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3058. *Lud. God.* MADIHN ad *Menckenii* Introduct. in doctrin. de actionib. for. Not. 1206. pag. 376. CRELL cit. Diſſ. §. 4.

50) CARPZOV P. III. Conſtit. XV. Definit. 19. WISSENBACH Commentar. ad L. 3. Cod. Commun. utriusq. iud. *Io. Ortw.* WESTEN-

außergerichtliche Theilung, bey welcher kein dolus erweislich ist, nur wegen einer Verletzung über die Hälfte angefochten werden könne, weil die Theilung in der *L.* 1. *Cod. Commun. utr. iudic.* einem Kaufe gleichgeachtet werde, mithin die *L.* 2. *Cod. de resc. vendit.* zur Anwendung komme. Noch andere [51]) unterscheiden endlich, ob der Miterbe durch Irrthum im Antheile (circa res dividendas) verletzt worden, oder ob die Verletzung im Anschlage (circa aestimationem) geschehen sey. In jenem Falle könne die Theilung wegen einer jeden Verletzung, in diesem aber nur wegen einer Verletzung über die Hälfte angefochten werden. Von jenem Falle sey die *L.* 3. *Cod. Commun. utr. iudic.* zu verstehen, auf letztern aber die *L.* 2. *Cod. de resc. vendit.* anzu-

STENBERG Princip. iuris sec. ord. Dig. h. t. §. 20. *Io. Ge. Iac.* WOLF Diss. de divisione legitima extraiudiciali ob modicam laesionem nec impugnanda, nec rescindenda, nec reformanda. *Altorf. 1756. Ant.* SCHULTING Thes. Controvers. Decad. XXX. Th. 6. GEBAUER in Diss. cit. Cap. 2. §. 11. *Ios. Lud. Ern.* PÜTTMANN Probabil. iuris civ. Lib. I. cap. 7. pag. 62. Westphal im Syst. der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten. §. 842 — 845. THIBAUT Syst. des P. R. 2. Bd. §. 729. a. E. S. 153. WALCH Introd. in Controvers. iuris civ. Sect. II. Cap. IV. Membr. V. §. 33.

51) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 35. WERNHER Select. Observat. for. Tom. I. P. V. Obs. 51. STRYK Us mod. Pand. h. t. §. 7. BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. VI. Th. 3. Not. 9. Struben rechtliche Bedenken 1. Th. Bed. 157. Schmidt Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden §. 629. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 457. a. E. Griesinger im Commentar über das Wirtemberg. Landrecht 3. Band. S. 655. u. a. m.

anzuwenden. Alles kommt auf die richtige Erklärung der L. 3. *Cod. Commun. utriusq. iudic.* an. Sie lautet folgendermaßen.

Impp. DIOCLET. et MAXIM. AA. et CC.
Aureliae Septimiae.

Majoribus etiam, *per fraudem vel dolum vel perperam ſine iudicio factis diviſionibus*, ſolet ſubveniri: quia in bonae fidei iudiciis, *quod inaequaliter factum eſſe conſtiterit*, in melius reformabitur.

Es iſt dieſes Reſcript der Kaiſer Diocletian und Maximian aus dem Gregorianiſchen Codex in den Juſtinianeiſchen übergegangen. Wir lernen dieſes aus der von Cujaz[52]) zuerſt edirten *Conſultatio veteris cujusdam Iuriſconſulti*, welche ſich auch in Anton Schultings Iurisprud. vet. Antejuſtin. pag. 813. ff. findet. In derſelben citirt der Verfaſſer dieſer Conſultation §. 2. folgende Stelle ex *Corpore Gregor.* Libro III.[53])

Impp. DIOCLETIANUS *et* MAXIMIANUS AA.
Aureliae Severae[54]).

An diviſio, quam iam factam eſſe proponis, convelli debeat, Rector provinciae, praeſente parte adverſa,

52) *Operum* a FABROTO *editor.* Tom. I. col. 639.

53) Dieſe Stelle ſteht auch in den *Fragment. Codic. Gregor.* Lib. III. Tit. 5. Conſtitut. 3. bey SCHULTING in Iurisprud. Antejuſt. pag. 695.

54) Haloander, Ruſſard, Hugo a Porta und Baudoza haben in der Ueberſchrift der *L. 3. C. Commun. utr. iudic.* blos SEVAE. Der Name *Severa* ſcheint alſo wohl richtiger als *Septimia* zu ſeyn.

verſa, diligenter examinabit: *et ſi fraudibus eam non caruiſſe perſpexerit, quando etiam maioribus in perperam factis diviſionibus ſoleat ſubveniri*, quod *improbum*, atque *inaequaliter factum* eſſe conſtiterit, *in melius reformabit.*

Vergleicht man dieſe Stelle mit der *L.* 3. *Cod. Iuſt. Commun. utriusque iudic.* ſo iſt zwar die Hand des Tribonians nicht zu verkennen, allein es läßt ſich deswegen doch nicht behaupten, daß durch dieſe Interpolation ein neues Recht habe eingeführt werden ſollen, welches nicht ſchon vorhin bekannt geweſen wäre. Alle Ausleger ſind nun darin einverſtanden, daß in der *L.* 3. *Cod. Gregor. Familiae erciſc.* von einer ſolchen Theilung die Rede ſey, welche wegen des Betrugs des andern Theilhabers ungleich ausgefallen war. Allein nicht ſo ausgemacht iſt es, ob auch die aus dieſer Quelle gefloſſene *L.* 3. *Cod. Iuſt. Commun. utr. iud.* blos auf den Fall einer argliſtigen Theilung einzuſchränken ſey? Viele Ausleger[55]) glauben dies vorzüglich darum behaupten zu müſſen, weil immer im Zweifel anzunehmen ſey, daß die Verfaſſer des Juſtinianeiſchen Codex von dem urſprünglichen Sinn der Conſtitutionen, welche ſie excerpirten, nicht abgewichen ſind. *Diviſiones perperam factae* wären daher die nämlichen, *quae per fraudem vel*

55) *Ger.* NOODT de forma emend. doli mali cap. 7. Tom. I. *Oper.* pag. 362. *Ant.* SCHULTING Iurisprud. Antejuſt. pag. 695. not. 14. *Bern. Henr.* REINOLD Opuscul. iurid. Exercit. II. §. 6. pag. 617. *Io. Frid.* BOECKELMANN Commentar. in Dig. h. t. §. 9. *Io. Adr.* MEURS Diſſ. cit. de inaequali hereditatis diviſ. corrigenda. Cap. IV. §. 1. GEBAUER Diſſ. cit. de hercto cito Cap. I. §. 5. ſqq. PÜTTMANN Probabil. iuris civ. Lib. I. Cap. 7. pag. 60. MALBLANC Princip. iur. Rom. h. t. §. 457. in fin. u. a. m.

vel dolum factae sunt. Ich läugne nicht, daß es Pflicht des Auslegers sey, die noch vorhandenen Quellen, aus welchen Justinians Gesetzgebung geschöpft ist, zur Aufklärung der letztern so viel möglich zu benutzen; allein nie darf ihn diese Benutzung dazu verleiten, die deutliche Vorschrift des Justinianeischen Rechts zu übersehen, und eine offenbar widerrechtliche Interpretation damit zu rechtfertigen[56]). Es wird nun nicht schwer seyn, zu beweisen, daß dieses bey der Erklärung der *L.* 3. *C. Commun. utriusq. iud.* der Fall sey. Alles kommt darauf an, was das Wort *perperam* in der Verordnung der Kaiser Diocletian und Maximian bedeute? und ob es Tribonian bey der Interpolation dieser Verordnung in einer andern Bedeutung genommen habe? Fast alle Ausleger sagen, daß *perperam* in der *L.* 3. *Cod. Gregor. h. t.* so viel als betrügerisch oder arglistig bedeute. Allein sie haben unrecht. Das Rescript der Kaiser spricht zwar von einer solchen Theilung, die auf eine betrügerische und arglistige Art geschehen war; allein man erwäge, daß das Wort *perperam* in dem Entscheidungsgrunde vorkommt, welcher eine allgemeine Verordnung andeutet, unter welche der den Kaisern vorgelegte Fall nur subsumirt wird. Denn daß die Kaiser in ihren Rescripten und Decreten mehrentheils nur nach dem gemeinen Rechte sprachen und entschieden, ist bekannt[57]). Nun war es Grundsatz des gemeinen Rechts: *Maioribus etiam in perperam factis divisionibus sui veniendum esse*[58]).

Daher

56) S. THIBAUT Theorie der logischen Auslegung des röm. Rechts §. 41.

57) S. THIBAUT in der angeführten Theorie §. 38.

58) *L.* 3. *C. Quibus ex caus. maiores.*

Daher konnte die Rechtshülfe auch bey betrügerischen Theilungen dem Verletzten nicht versagt werden. *Divisio perperam facta* heißt also vielmehr jede unrichtige, und daher ungleich ausgefallene Theilung, sie habe Betrug oder Irrthum zum Grunde. Brisson [59]), Richter [60]) und Scheller [61]) haben durch eine Menge von Stellen erwiesen, daß sowohl in den Schriften der Classiker, als in den Fragmenten der Römischen Juristen die Worte *perperam* und *recte* immer einander entgegen gesetzt werden [62]), und Ersteres soviel heiße, als unrecht, unrichtig, oder falsch, es sey aus Irrthum [63]), oder wegen eines Betrugs [64]). Tribonian hat nun, mit Weglassung des ganzen ersten Theils des Rescripts, welcher die den Kaisern vorgelegte Rechtsfrage enthält, blos den zum Entscheidungsgrund angenommenen allgemeinen Satz beybehalten, ohne ihn jedoch blos auf den Fall einer dolosen Theilung zu beschränken, von welchem eigentlich die Kaiser Diocletian und Maximian nur reden; dabey aber deutlicher noch, als es in dem Rescript geschehen war, bestimmt, daß hier blos von außergerichtlichen Theilungen

59) De Verbor. Significat. v. *Perperam.*

60) De Significat. Adverbior. in iure v. *Perperam* pag. 618.

61) Lateinisch-deutsches Lexicon v. *Perperam.*

62) *L. 8. §. 4. D. Si servitus vindicet. L. 22. §. 4. D. Rat. rem haberi.* LIVIUS Lib. I. cap. 23.

63) *L. 40. D. de condict. indeb. L. 9. D. de pecun. constituta. L. 4. §. 2. D. pro suo. L. 1. et 2. Cod. Si maior factus alienat.* CICERO *in Verrem* Lib. II. cap. 23. SUETON. in *Domitiano.* Cap. 11.

64) *L. 2. Cod. de poena iud. qui male iudicav.*

lungen die Rede sey[65]). Wie offenbar widerrechtlich nach dieser Ansicht die Erklärung derjenigen erscheine, welche die *L.* 3. *Cod. Commun. utr. iudic.* blos von einer argUstigen Theilung verstehen wollen, um sie dem Codex Gregorianus anzupassen, werden folgende Gründe vollends außer Zweifel setzen.

Erstens wäre nicht nöthig gewesen, die Worte *sine iudicio*, die doch in dem Rescript der Kaiser gar nicht standen, der *L.* 3. *C. Commun. utr. iud.* einzuschalten, wenn dieselbe blos auf betrügerische Theilungen sich allein beziehen sollte, weil ja auch eine gerichtliche Theilung, bey welcher man durch den Betrug desjenigen verletzt worden ist, mit welchem man zu theilen hatte, bekannten Rechten nach nicht gilt[66]).

Zweitens wäre es ja eine unerhörte Tautologie, wenn man die Worte *per fraudem*, *vel dolum*, *vel perperam*, für ganz gleichbedeutend halten wollte. Daß Tribonian die Worte *fraus* und *dolus* mit einander verbunden hat, ohnerachtet das Wort *dolus* in der Verordnung der Kaiser Diocletian und Maximian nicht stand, ist nichts

65) Die Worte *sine iudicio*, welche Tribonian *L.* 3. *C. Comm. utr. iud.* hinzugefügt hat, erklärt Dion. Gothofredus in Not. u. ad L. 3. Cod. ganz falsch durch *sine consilio*. Sie sollen offenbar soviel als *sine iudice* heißen. Denn so wird das Wort *iudicium* öfters genommen, wie *Ger.* NOODT de emend. doli mali Cap. 7. Tom. I. *Oper.* pag. 362. gezeigt hat. Man kann aber auch ganz füglich unter *iudicium* eine gerichtliche Verhandlung und Entscheidung verstehen, welche Bedeutung noch gewöhnlicher ist. S. BRISSONIUS de Verb. Signif. v. *Iudicium*.

66) *L.* 8. *in fin. Cod. de Collationib.*

besonders; denn dies findet man auch bey den besten Classikern[67]). Ineſt enim dolo et fraus, sagt Ulpian *L.* 7. §. 10. *in fin. D. de pact.* Daher die häufigen Verbindungen dieſer beyden Wörter in den Fragmenten der Römiſchen Rechtsgelehrten[68]). Aber das Wort *perperam* in unſerer *L.* 3. *C.* auch für Betrug zu erklären, wäre gewiß das ſeltenſte Beyſpiel einer Tavtologie, dergleichen man nach den Regeln einer vernünftigen Auslegung durchaus nicht annehmen darf, da im Zweifel ein Geſetz immer ſo erklärt werden muß, daß kein Wort vergeblich daſtehe, ſondern vielmehr jedes Wort etwas zur deutlichen Beſtimmung des Willens des Geſetzgebers beytrage[69]).

Hiernächſt kommt drittens in vorzügliche Betrachtung, daß das Wort *improbum*, welches in dem Reſcript der Kr. Diocletian und Maximian ſteht, in der *L.* 3. *C. Commun. utr. iud.* weggelaſſen worden iſt. Statt deſſen heißt es blos: *Quod inaequaliter factum eſſe conſtiterit.* Daß dieſes blos der Kürze wegen geſchehen ſeyn ſollte, iſt nach den bereits angeführten Gründen nicht zu glauben, ſondern es liegt hierin ein neuer überzeugender Beweis, daß die *L.* 3. nicht blos auf ſolche Theilungen allein eingeſchränkt ſeyn ſolle, wobey ein Theil durch den Betrug des andern verletzt worden iſt, ſondern daß auch, ohne Betrug, wegen einer aus Irrthum veranlaßten Ungleichheit

67) CAESAR *de bello civ.* Lib. II. cap. 14. S. Schellers Lexicon v. FRAUS.

68) *L.* 8. §. 6. *D. de liberat. leg.* *L.* 3. *D. Quando ex facto tutor.* *L.* 3. §. *ult. D. pro ſocio.* BRISSONIUS de Verb. Signif. v. FRAUS.

69) S. den 1. Th. dieſes Commentars §. 35. S. 229.

gleichheit eine Abänderung derselben Statt finde, wie Jacob Voorda[70]) sehr gründlich bemerkt hat. Man wird sich hiervon noch mehr überzeugen, wenn man erwägt, daß Tribonians Absicht, wie sein ganzes Verfahren bey der Interpolation der Verordnung des Gregorianischen Codex beweißt, offenbar nur dahin gegangen sey, den in dieser Verordnung enthaltenen Entscheidungsgrund auszuheben, und solchen in ein allgemeines Rechtsprincip zu verwandeln.

Vergleicht man endlich Viertens die *Consultatio veteris cuiusdam Iurisconsulti*, dessen Name und Zeitalter uns zwar unbekannt ist, der aber aller Wahrscheinlichkeit nach in der Periode zwischen Theodos dem Jüngern und Justinian gelebt haben mag; betrachtet man die Gelegenheit, bey welcher dieser alte Jurist die oben angeführte Stelle des Gregorianischen Codex citirt hat, so finden wir auch darin ein neues uns noch mehr bestärkendes Argument, daß man den Großjährigen nach einem gemeinen Rechtsprincip, welches die Kaiser Diocletian und Maximian in ihrem Rescript zum Grunde legten, bey außergerichtlichen Theilungen, auch wegen einer andern Ungleichheit, als die durch Betrug veranlaßt worden ist, die Wohlthat der Restitution nicht zu versagen pflegte. Es sagt nämlich dieser *Vetus Iurisconsultus* in seiner Consultation §. 2.

Secundo loco me consulendum sub hac voce duxisti, ut dicêres, divisionem in castello sic factam a marito mulieris ipsius, ut, illa nesciente, domus cum membris suis vel hospitiis circumjectis divisa sit sine conscientia uxoris. Si ea praedictus maritus fecerit,

70) Elector. lib. sing. Cap. 26. pag. 257.

nulla aequalitate ſervata, nulla compenſatione in omnibus cuſtodita, ad haec verba ex legum conſtitutione reſpondi, maritum in negotiis uxoris ſine mandato non recte aliquid definire: nec poſſe aliquid firmum, et ſtabile eſſe, quod ſine conſcientia uxoris de rebus uxoriis viſus fuerit tranſegiſſe; praeſertim ſi doceatur *inutilis* eſſe, et *ſine aequalitate*, vel *compenſatione ipſa diviſio*. Notum eſt, quod etiam, ſi mandato uxoris niteretur, et *fraudulenta diviſio*, *vel minus aequalis poſſet oſtendi*, vacua et inanis ſpecialiter remaneret etc.

Eben dieſer alte Juriſt citirt nach der ſchon oben angeführten Verordnung des Gregorianiſchen Codex noch eine andere von eben den Kaiſern Diocletian und Maximian, welche für uns merkwürdig iſt. Er ſagt:

Item alia eodem libro et Corpore. *Impp.* DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS AA. *Aproniae Mammae.* Si diviſio inter te et ſororem tuam non bona fide facta eſt, *etiam citra Principalis reſtitutionis auxilium*, *quod etiam maioribus tribui ſolet*, ad aequitatis temperamentum reformari poteſt, etc.

Aus dieſem allen wird man ſich nun wohl hinlänglich überzeugt haben, daß die Verordnung des Gregorianiſchen Codex, aus welcher die *L.* 3. *C. Iuſt. Comm. utriusq. iudic.* gefloſſen iſt, auf einem allgemeinen Rechtsprincip von Abänderung ungleicher Theilungen beruhe, die Ungleichheit habe Betrug oder Irrthum zum Grunde, und daß Tribonian dieſen Grundſatz, mit Weglaſſung des beſondern Falles, welchen die Kaiſer blos unter dieſen allgemeinen Grundſatz ſubſumirten, ganz richtig aufgefaßt habe, ohne

ihn

ihn einer unleidlichen Tautologie beschuldigen zu dürfen. Nur ist die Frage noch, wegen welcher Ungleichheit eine Abänderung der Theilung gefordert werden könne? Das Gesetz bestimmt hierüber nichts, sondern sagt ganz allgemein: *Quod inaequaliter factum est consliterit, in melius reformabitur.* Nach den Regeln einer richtigen Interpretation dürfen wir also auch keinen Unterschied machen, die Läsion sey mäßig oder unmäßig. Allein viele, ältere und neuere, Rechtsgelehrten wollen uns hier eines Andern belehren. Wird die Theilung wegen eines begangenen Betrugs angefochten, so räumen alle ein, daß jede Verletzung abzuändern sey, ohne auf die Größe derselben Rücksicht zu nehmen. Ist hingegen kein Betrug erweißlich, so behaupten viele, daß die Theilung nur wegen einer unmäßigen Verletzung, d. i. wegen einer Verletzung über die Hälfte angefochten werden könne. Denn es trete hier die Analogie vom Kaufe ein. In wiefern sie hierin recht oder unrecht haben, wird sich gleich ergeben. Die Gesetze sagen allerdings, die Theilung sey wie eine Art von Kauf anzusehen[71]). Allein offenbar geht die Absicht derselben nur dahin, ein Princip aufzustellen, wornach die Rechte bey Theilungen, von Seiten der Veräußerung betrachtet, zu bestimmen sind, z. B. in Ansehung der Minderjährigen, wenn sie entweder selbst auf Theilung dringen, oder von den übrigen Theilhabern dazu aufgefordert worden, desgleichen in Rücksicht der Evictionsleistung, besonders wegen der deshalb statt habenden Klagen, u. s. w. Soweit hingegen kann man diese Aehnlichkeit nicht ausdehnen, um auch da gleiche Rechte eintreten zu lassen, wo die ganz

71) *L. 1. C. Commun. utriusq. iudic.*

verschiedene Natur beyder Geschäfte dies schlechterdings nicht erlaubt. Diese Verschiedenheit zeigt sich nun aber gerade da, wo über erlittene Läsion Beschwerde geführt wird. Beym Kaufe erfordern die Gesetze kein vollkommen gleiches Verhältniß zwischen dem Werth der Sache, und dem Preis. Sie sagen vielmehr ausdrücklich [72]): In pretio emtionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire. Kein Wunder, wenn hier die Läsion nur dann, wenn sie unmäßig ist, eine Ursache geben kann, den Kauf anzufechten. Von ganz anderer Beschaffenheit hingegen ist das Geschäft der Theilung. Hier erfordern die Gesetze schlechterdings, *ut in omnibus aequabilitas servetur* [73]); et *quod inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformetur*, wie es in unserer L. 3. cit. ausdrücklich heißt. Mit Recht sagt daher Anton Faber [74]): *Diversam esse semperque fuisse divisionis et venditionis rationem in eo, quod non, sicuti naturaliter licet contrahentibus in emendo et vendendo se in pretio decipere, ita et in dividendo permissum est, ut suam quisque ex divisoribus portionem alieno incommodo faciat ampliorem, quam ex ratione esse debeat. Id enim agunt, qui dividunt, ut unusquisque id duntaxat ferat, quod suum est, ex alieno autem nihil: quamobrem nec quidquam acquirere dicitur, qui dividit, quoniam licet fiat dominus eius portionis, quam in re communi socius habebat, tamen de suo tantundem praestat socio, quantum ab eo accipit. Aequitas igitur iudicii bonae fidei sufficere potest ad contractum, qui inaequaliter factus est,*

72) *L. 16. §. 4. D. de minorib. L. 22. §. 3. D. Loc.*

73) *L. 4. C. Communi divid.*

74) De Errorib. Pragmaticor. Decad. VIII. Err. 1.

est, *in melius reformandum.* Die *L.* 2. C. *de resc. vendit.* kann also bey Theilungen durchaus keine Anwendung finden, und es ist gleichviel, die Verletzung sey im Antheile, oder im Anschlage geschehen. Denn wenn auch bey der Theilung die Sache dem Miterben für den taxirten Werth überlassen wird, so geht doch dadurch das Geschäft eben so wenig in einen reinen Kauf über, als durch die Schätzung des Heyrathsgutes die causa dotis geändert wird [75]). Gleichheit und Billigkeit, welche gleichsam die Seele der Theilungen ist, wird dadurch nicht aufgehoben. Daher kann auch dem Großjährigen, wenn er durch die Ungleichheit der Theilung auch ohne Arglist des Andern verletzt worden, die Rechtshülfe nicht versagt werden, wenn gleich die Verletzung bey weitem keine unmäßige ist, weil die bona fides, welche den Hauptentscheidungsgrund der *L.* 3. C. *Comm. utr. iud.* ausmacht, nicht erlaubt sich mit des andern Schaden zu bereichern [76]) Aus diesen Gründen scheint mir nun die oben angeführte erste Meinung vor der zweyten und dritten den Vorzug zu verdienen [77]). Welche von diesen Meinungen aber der Gerichtsbrauch annimmt,

75) *L. 16. D. de iure dot.*

76) *L. 6. §. 2. D. de iure. dot.* sagt: Quia bono et aequo non conveniat, aut lucrari aliquem cum damno alterius, aut damnum sentire per alterius lucrum. Es ist daselbst ausdrücklich von verletzten Großjährigen die Rede.

77) Ein ehemaliger fleißiger Zuhörer meiner Vorlesungen, Herr Doctor ELSAESSER, hat die hier vertheidigte Meinung in seiner Dissertat. inaug. Quaestionem: An ad impugnationem divisionis extraiudicialis laesio requiratur ultra dimidium, exponens, *Erlangae 1798. 4.* sehr gut ausgeführt.

nimmt, läßt sich, wie Stryk[78]) mit Recht bemerkt, nicht gewiß bestimmen. Es fehlt indessen auch nicht an Urtheilssprüchen, welche jene erste Meinung bestärken, dergleichen man bey Cramer[79]) und Böhmer[80]) finden wird[81]). Uebrigens ist es gleichgültig, ob die Theilung durch das Loos, oder durch sonstige Uebereinkunft der Partheyen gemacht worden ist, auch jene kann, sofern die Interessenten sich nicht wissentlich die ungleichen Loose haben gefallen lassen, wegen der Ungleichheit angefochten werden, sie habe einen Dolus oder Irrthum zum Grunde. Denn die Theilung durch das Loos ist für keinen Transact zu halten[82]).

Die Klage auf Abänderung der ungleichen Theilung fällt jedoch weg, wenn der Testirer selbst getheilt hat. Der Vater

78) Us. Mod. Pand. h. t. §. 8.

79) Observat. iuris univ. Tom. II. P. II. Obs. 770.

80) Auserlesene Rechtsfälle 1. Bandes 2. Abth. Nr. 76. und 2. Bandes 2. Abth. Nr. 176. Qu. 3. et 4.

81) Nach dem französischen Civilrecht kann jede Theilung, sie mag gerichtlich oder ausergerichtlich geschehen seyn, von dem Erben angefochten werden, wenn ein Miterbe dabey überlistet, oder über den vierten Theil, in Beziehung auf den Werth, den die Sachen zur Zeit der Theilung hatten, verletzt worden ist. *Code Napol. Art. 887.* S. Jacob von Maleville Commentar über das Gesetzbuch Napoleons 2. Band S. 327. Les Pandectes français. par *I. B.* DELAPORTE et *P. N.* RIFFÉ-CAUBRAY Tom. VII. pag. 375. sq. und ZACHARIAE Handb. des französ. Civilrechts. 2. Bd. §. 353. S. 191. f.

82) S. *de* COCCEJI ius. civ. controv. h. t. Qu. 9. und die schon öfters angef. Crellische Diss. Utrum divisio per sortitionem facta ob laesionem rescindi possit? *Vitemb. 1743.*

Vater kann sogar unter seinen Kindern eine ungleiche Theilung seines Nachlasses machen, von welcher auch der Richter selbst nicht abweichen darf. Nur sofern eine Verletzung im Pflichttheile daraus entstünde, könnte auf dessen Ergänzung geklagt werden [83]).

Ob aber auch bey einer vom Testirer gemachten Theilung die Verbindlichkeit zur Evictionsleistung wegfalle, ist streitig. Einige [84]) behaupten dieses wirklich, und nehmen nur den Fall aus, wenn durch die Entwährung Notherben in ihrem Pflichttheile verkürzt worden sind. Nur in diesem Falle trete von Seiten der übrigen Miterben eine Verbindlichkeit zur Evictionsleistung ein, sonst auch nicht einmal bey Notherben, weil der Erblasser auch seinen Notherben, außer dem Pflichttheile, eben so wenig, als fremden Personen etwas zu hinterlassen schuldig sey, und sie daher auch in ungleichen Theilen einsetzen könne. Andere [85]) hingegen unterscheiden, ob der Testirer die evincirte Sache einer mit ihm verwandten Person oder seiner Frau zugetheilt habe, oder einem fremden Miterben. In den beyden ersten Fällen müsse Eviction geleistet werden, der Testirer möge gewußt

83) *L. 7. L. 16. L. 21. et L. fin. Cod. h. t.* S. BERGER Diss. cit. de reformatione divisionis extraiud. ex causa modicae laesionis. Th. 14.

84) TREUTLER Vol. I. Disput. XIX. Th. 12. lit. D. MÜLLER ad *Struvii* Synt. iuris civ. Exercit. XV. Th. 12. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 11.

85) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. *a* PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. III. Obs. 204. §. 3. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3053. EMMINGHAUS ad *Coccejum* h. t. Qu. 11. not. l. und THIBAUT Syst. des P. R. 2. Bd. §. 729. S. 152.

gewußt haben, oder nicht, daß die Sache eine fremde Sache sey. In dem letzten Falle hingegen könne der Erbe nur dann Evictionsleistung fordern, wenn er beweisen kann, der Testirer habe es gewußt, daß die evincirte Sache einem Dritten zugehöre, sonst falle die Gewährleistung weg. Diese argumentiren von dem Vermächtniß fremder Sachen [86]). Noch andere [87]) suchen endlich die Statthaftigkeit der Evictionsleistung in Ansehung aller Erben ohne Unterschied zu vertheidigen. Diese letztere Meinung wird auf die Vermuthung gegründet, daß nach der Gesinnung des Erblassers ein jeder Miterbe den ihm angewiesenen Erbtheil unfehlbar völlig und unverkürzt erhalten solle, und daher im Falle der Entwährung einer unter der Verlassenschaft begriffenen Sache ein jeder Miterbe dem Andern in Hinsicht auf die entwährte Sache nach dem Verhältniß seines Antheils zur Evictionsleistung verbunden sey. Jedoch nimmt man den Fall aus, wenn der Erblasser aus besonderer

86) §. 4. I. *de legat.* L. 10. *Cod. eodem.* L. 77. §. 8. *D. de Legat.* II.

87) WISSENBACH Exercitat. ad Pand. Disputat. XLI. Th. 14. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 23. BACHOV ad *Treutlerum* Vol. I. Disp. XIX. Th. 12. lit. D. STRUV Synt. iur. civ. Exercit. XV. Th. 12. *Io. a* SANDE Decis. aur. Lib. IV. Tit. 11. Def. 2. STRYK Us. Mod. Pand. h. t. §. 8. WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Dig. Lib. XXI. Tit. 2. §. 12. WERNHER lectissim. Commentationes in Pand. h. t. §. 10. WALCH Introd. in Controv. iur. civ. Sect. III. Cap. 6. §. 11. pag. 672. Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 2. Band 105. Meditat. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. III. §. 589. pag. 565. und Joh. Bernh. Müller Versuch über die Gewährleistung. Jena und Leipzig 1805. §. 11. S. 59. f.

derer Zuneigung und Freygebigkeit dem einen Miterben eine bestimmte Sache zum Voraus vermacht hätte. Ein solches Prälegat sey der Gewährleistung nicht unterworfen. Für diese Meinung werden noch insonderheit *L.* 77. §. 8. *D. de Legat. II.* und *L.* 33. *D. h. t.* angeführt. In der erstern Stelle sagt **Papinian**: Evictis praediis, quae pater, qui se dominum esse crediderit, verbis fideicommissi filio reliquit, nulla cum fratribus et coheredibus actio erit: si tamen inter filios divisionem fecit, arbiter conjectura voluntatis non patietur, eum partes coheredibus praelegatas restituere: nisi parati fuerint et ipsi patris iudicium fratri conservari. In der letztern Stelle sagt eben dieser **Papinian**: Si paterfamilias, singulis heredibus fundos legando, divisionis arbitrio fungi voluit, non aliter partem suam coheres praestare cogetur, quam si vice mutua partem nexu pignoris liberam consequatur.

Vergleichen wir die mancherley Gesetzstellen mit einander, welche die Vertheidiger der hier vorgetragenen verschiedenen Meinungen für sich anführen, so dürfte sich vielleicht diese sehr streitige Frage auf folgende Art am richtigsten entscheiden lassen. Wenn bey einer vom Testator gemachten Theilung, einem Miterben die ihm zugetheilte Sache evincirt worden ist, so war ihm diese Sache entweder

1) als ein **Prälegat** bestimmt; und dann war die Sache entweder

a) als eine **Species** vermacht. Hier treten die Grundsätze vom legato rei alienae ein, *L.* 10. *C. de legat.* und es ist so zu unterscheiden, wie die Vertheidiger

der

der oben angeführten zweyten Meinung unterschieden haben. Oder sie war

b) als ein genus legirt. Hier kann ohne Unterschied Gewährleistnng gefordert werden. *L.* 29. §. 3. *D. de legat. III.*

2) Die evincirte Sache war als Erbportion bestimmt, und dann hatte der Testator die Theilung entweder

a) unter seinen Kindern gemacht. Diese sind einander gegenseitig zur Evictionsleistung verbunden. Denn sind gleich die Eltern ihren Kindern mehr, als den Pflichttheil, zu hinterlassen nicht schuldig, so ist doch die stärkste Vermuthung vorhanden, daß sie wegen der gleichen Liebe, die sie zu ihren Kindern haben, nicht wollen, daß eins derselben in seinem ihm zugetheilten Antheile verkürzt werde. Dies bestärkt auch noch mehr die oben angeführte *L.* 77. §. 8. *D. de Legat. II.*

b) Die Theilung ist unter andern Erben gemacht, welche die ihnen hinterlassene Erbschaft als eine bloße Freygebigkeit des Erblassers anzusehen haben. Hier sind die Miterben einander gegenseitig zur Evictionsleistung nicht gehalten, außer wenn der Testirer es ausdrücklich verordnet hat, oder die Erben sich dazu gegenseitig verpflichtet haben, oder der heres evictus beweisen kann, daß der Testirer gewußt habe, die Sache sey eine fremde Sache, oder daß er ihm diese Sache auf jeden Fall zugedacht habe, er möge jene Beschaffenheit gewußt haben, oder nicht. *Arg. L.* 10. *C. de legatis.*

§. 735.

Personalprästationen bey der Erbsonderungsklage.

Außer der Theilung der Erbschaft geht die Erbsonderungsklage auch noch auf mancherley Personal-Prästationen. Diese sind

1) Be-

1) Berechnung und verhältnißmäßige Herausgabe der von einem Miterben aus der Erbschaft gezogenen Nutzungen [88]), sie mögen vor oder nach Antretung der Erbschaft gezogen worden seyn [89]). Nachweisung und Berechnung der unter sich gehabten Gelder des Erblassers [90]); und Entschädigung für das, was er mit erbschaftlichen Geldern für sich gekauft hat [91]).

2) Ersatz des Schadens, den ein Miterbe durch dolus oder culpa an erbschaftlichen Sachen zugefügt hat. Er muß nur den Schaden als Erbe angerichtet haben, also nicht etwa schon vorher und noch beym Leben des Erblassers, wenn mit der Erbtheilungsklage deshalb Vergütung soll gefordert werden können. Ulpian sagt ausdrücklich *L.* 16. §. 4. *D. h. t.* Nam et omnia, quae quis in hereditate dolo aut culpa fecerit, in iudicium familiae erciscundae veniunt: sic tamen, si quasi heres fecerit. Et ideo, si vivo testatore unus ex heredibus pecuniam sustulerit, in familiae erciscundae iudicium ea non venit:

88) *L. 19. D. h. t.* Item ex diverso similiter prospicere iudex debet, ut, quod unus ex heredibus ex re hereditaria percepit, stipulatusve est, non ad eius solius lucrum pertineat. Quae ita scilicet consequetur iudex, si aut reputationes inter eos fecerit, aut si curaverit cautiones interponi, quibus inter eos communicentur commoda et incommoda. *Reputationes* sind gegenseitige Abrechnungen, wie die Basiliken Tom V. pag. 676. dieses Wort erklären.

89) *L. 44. §. 3. D. h. t. L. 9. Cod. eodem.*

90) *L. 52. §. 1. D. h. t.*

91) *L. 4. C. Commun. utriusque iudic.* S. Westphal in dem angef. System von den einzelnen Vermächtnißarten §. 782—786.

venit: quia tunc nondum heres erat: ubi autem quasi heres fecit, etsi aliam praeterea quis actionem habeat, tamen teneri eum familiae erciscundae iudicio, *Iulianus* scribit. Uebrigens ist der Miterbe für jedes positive Factum, wodurch er Schaden gethan hat, verantwortlich, in so fern es zu vermeiden gewesen wäre, und er kann deshalb sowohl ex Lege Aquilia, als familiae erciscundae iudicio belangt werden. Ulpian läßt uns hierin nicht zweifeln, wenn er sagt *L.* 16. §. 5. *D. h. t.* Si unus ex heredibus rationes hereditarias deleverit, vel interleverit, *teneri quidem lege Aquilia*, quasi corruperit, non minus autem etiam *familiae erciscundae iudicio.* Hat er hingegen durch seine Unthätigkeit Schaden veranlaßt, so haftet er nur für seine Culpa in concreto, das heißt, er ist nur in so weit dafür verantwortlich, als er dergleichen Nachlässigkeit nicht in seinen eigenen Geschäften zu begehen pflegt, und diese kann auch culpa lata seyn, nämlich wenn er in seinen eigenen Geschäften ebenfalls grobe Versehen begeht. Läßt sich daraus kein Maasstab hernehmen, weil er als Hausvater seinen eigenen Geschäften noch nicht vorstand, so haftet er für culpa levis [92]). Hierher gehören folgende Stellen.

L. 25. §. 16. *D. h. t.* Non tantum dolum, sed et culpam in re hereditaria praestare debet coheres. — *Non tamen diligentiam praestare debet, qualem diligens paterfamilias:* quoniam hic propter suam partem causam habuit gerendi: et ideo negotiorum gestorum ei actio non competit. *Talem igitur diligentiam praestare debet, qualem in suis rebus.*

L. 22.

92) S. Schoemans Handbuch des Civilrechts 1. Band. S. 329—336.

L. 22. §. 3. *D. ad SCtum Trebell.* Si quis rogetur reſtituere hereditatem, et vel ſervi deceſſerint, vel aliae res perierint: placet, non cogi eum reddere, quod non habet, culpae plane reddere rationem; ſed eius, *quae dolo proxima eſt*, et ita *Neratius* libro primo Reſponſorum ſcribit. Sed et ſi, cum diſtrahere deberet, non fecit, *lata culpa*, non levi, *et rebus ſuis conſueta negligentia*, huiusmodi rei rationem reddet.

Hier iſt zwar eigentlich von einem Univerſalfiduciar die Rede; allein da auch dieſer wegen der ihm gebührenden Quarte als Communionsintereſſent anzuſehen iſt, ſo daß daher auch zwiſchen ihm nnd dem Fideicommiſſar das iudicium familiae erciscundae Statt findet [93]), ſo gehört dieſe Stelle mit hierher.

L. 25. §. 18. *D. h. t.* *Culpae* nomine tenetur, qui cum ante alios ipſe adiſſet hereditatem, ſervitutes praediis hereditariis debitas paſſus eſt non utendo amitti.

3) Erſtattung der für die Erbſchaft gehabten Auslagen und Unkoſten mit den Zinſen des Verzugs. Denn die Erbtheilungsklage iſt eine actio bonae fidei. Ulpian ſagt *L.* 18. §. 3. *D. h. t.* Sumtuum, quos unus ex heredibus bona fide fecerit, *uſuras* quoque conſequi poteſt a coherede *ex die morae*, ſecundum reſcriptum Imperatorum SEVERI et ANTONINI. Es wird jedoch vorausgeſetzt,

1) daß

93) *L.* 24. §. 1. *D. h. t.* S. SCHOEMAN a. a. O. S. 332. und VOET de fam. erciſc. Cap. X. nr. 8.

1) daß diese Unkosten erst nach dem Tode des Erblassers verwendet worden sind, nachdem der Erbe gewußt, daß ihm die Erbschaft zu einem gewissen Antheile zustehe, und er auch in dieser Eigenschaft die Erbschaft schon angetreten hatte. Denn was er vorher verwendet hat, deswegen kann er nur mit der actio negotiorum gestorum klagen [94]).

2) Er muß die Unkosten absichtlich und wissentlich um der Erbschaft willen verwendet haben. Was er nicht animo heredis, obgleich zum Nutzen der übrigen Miterben verwendet hat, dafür kann er nicht mit der actio familiae erciscundae, sondern nur mit der actio negotiorum gestorum Ersatz fordern [95]).

3) Es müssen die gehabten Auslagen die Erbschaft im Ganzen betreffen, oder es muß wenigstens das Geschäft untheilbar gewesen seyn, welches den Kostenaufwand veranlaßte, so daß es der Miterbe nicht blos für seinen Antheil besorgen konnte [96]). Denn sind sie durch Erfüllung einer den einzelnen Erben obliegenden theilbaren Verbindlichkeit verursacht worden, so findet nicht die Erbtheilungsklage, sondern blos die actio negotiorum gestorum Statt. Nur in jenen beyden erstern Fällen kann also die actio familiae erciscundae angestellt werden, und dann wird doch immer noch vorausgesetzt, daß die Erbtheilungsklage nicht

94) *L. 49. §. ult. D. h. t.* VOET de familia erciscunda Cap. X. nr. 3.

95) *L. 74. §. 3. D. h. t.* VOET c. l. nr. 4.

96) S. *Arn.* VINNIUS Select. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 37. Man sehe auch Westphal in dem angef. System §. 799. ff.

nicht etwa vorher schon angestellt gewesen, und die Erbschaft getheilt sey, weil sonst auch hier nur die actio negotiorum gestorum allein Statt haben würde. Hat also der Erbe eine Schuld bezahlt, die jeder der Miterben, wenn er deshalb selbst wäre belangt worden, hätte ganz bezahlen müssen, z. B. ein Erbe hat eine verpfändet gewesene erbschaftliche Sache eingelöset, welche nicht anders, als mit Bezahlung der ganzen darauf haftenden Schuld frey gemacht werden konnte; so fordert er von den übrigen Miterben ihren verhältnißmäßigen Beytrag mit der Erbtheilungsklage, oder auch mit der actione negotiorum gestorum, und diese Forderung bleibt ihm auch dann noch gewiß, wenn auch das eingelößte Pfand noch vor der Erbtheilung zufällig verunglücken sollte. Eben so ist es, wenn ein Miterbe durch Befriedigung eines Legatars, welcher die Immission in die Güter der Erbschaft erlangt hatte, den Nachlaß von dem durch die Immission entstandenen prätorischen Pfandrechte befreyet; oder die Erbschaft gegen die Ansprüche eines Dritten durch seine Vertheidigung gerettet, und die Prozeßkosten bestritten hat. Wenn hingegen ein Miterbe eine erbschaftliche Schuld ganz bezahlt hat, die nicht in solidum auch gegen einen einzelnen Erben hätte eingeklagt werden können, von welcher also dieser Erbe nur seinen Antheil hätte bezahlen dürfen, so kommt ihm seiner Entschädigung halber nur die actio negotiorum gestorum zu. Auf solche Art stehen nun folgende Gesetzstellen unter einander in der besten Harmonie.

L. 18. §. 1. *Cod. h. t.* In communi autem hereditate quin sumtus ab uno facti bona fide, *familiae erciscundae iudicio*, vel *negotiorum gestorum actione* servari possint, non est ambiguum.

L. 3. *Cod. de negot. geſtis.* Sive pro fratre coherede pecuniam ſolviſti, *negotiorum geſtorum actione* experiri potes: ſive pignoris liberandi gratia debitum univerſum ſolvere coactus es, *actionem eandem habebis*, vel *iudicio familiae erciſcundae*, ſi non eſt inter vos reditum, eam quantitatem aſſequeris.

L. 18. §. 6. *et* 7. *D. h. t.* Cum unus ex heredibus legatum exſolvit ei, qui miſſus fuerat in poſſeſſionem legatorum ſervandorum cauſa, putat *Papinianus*, et verum eſt, *familiae erciſcundae iudicium* ei competere adverſus coheredes: *quia non alias diſcederet legatarius a poſſeſſione, quam vice pignoris erat conſecutus, quam ſi totum ei legatum fuiſſet exſolutum.* — Sed et ſi quis Titio debitum ſolverit, ne pignus veniret: *Neratius* ſcribit, *familiae erciſcundae iudicio* eum poſſe experiri.

L. 31. *D. eodem.* Si ſervus pignori obligatus luatur ab uno ex heredibus, quamvis poſtea decedat, officium tamen arbitri durat. Sufficit enim communionis cauſa, quae praeceſſit, quaeque hodie duraret, ſi res non intercidiſſet.

L. 25. §. 15. *D. eodem.* Si unus ex coheredibus noxali iudicio ſervum hereditarium defenderit, et litis aeſtimationem obtulerit, cum hoc expediret: id pro parte hoc iudicio conſequatur. Idem eſt et ſi unus legatorum nomine caverit, ne in poſſeſſionem mitterentur: *et omnino, quae pro parte expediri non poſſunt, ſi unus cogente neceſſitate fecerit, familiae erciſcundae iudicio locus eſt.*

L. 39. *pr. D. h. t.* Ex parte heres inſtitutus, cauſam de totis bonis, quam omnes heredes patiebantur *ob inultam mortem* [97]), ſuscepit, et obtinuit. Coheres ab eo partem ſuam petebat, nec partem ſumtuum in litem praeſtare volebat. Quaeſitum eſt, an doli exceptio noceret? Reſpondi, ſi idcirco amplius erogatum eſſet, quod ipſius quoque cauſa defenſa eſſet, habendam rationem ſumtuum: ſed et ſi omiſerit doli exceptionem, agere poteſt de recipienda portione ſumtuum.

L. 78. §. 2. *D. de contrah. emt.* Qui fundum ea lege emerat, *ut ſoluta pecunia traderetur ei poſſeſſio*,

97) Statt der Worte *ob inultam mortem*, lieſet unſer Cod. Pand. membr. Erlang. *ob inductam mortem.* Hingegen fehlen jene Worte ganz bey Haloander, und ſie ſtehen auch in mehreren Handſchriften der Pandecten nicht, wie Brenkmann in dem Gebauerſchen Corp. iur. civ. bey dieſer Stelle bemerkt hat. Allein die Aechtheit derſelben beſtärken inſonderheit die *Libri* Βασιλικῶν Tom. V. Lib. XLII. Tit. 3. Conſt. 39. pag. 681. wo dieſe Stelle ſo lautet: Εἰ τῶν κληρονόμων ἐγκαλουμένων, ὡς μὴ ἐκδικησάντων τὴν ἀναίρεσιν τοῦ τελευτήσαντος, ὁ εἷς τοὺς λοιποὺς διεκδικήσῃ, καὶ διὰ τοῦτο πλέον δαπανήσῃ, ἔχει καὶ ἀπαίτησιν δὲ παραγραφὴν, ἀπαιτούμενος παρ' αὐτῶν την κληρονομίαν. i. e. Si, cum heredes accuſarentur, *quaſi necem defuncti non vindicaſſent*, unus caeteros defenderit, et ob id amplius impenderit: coheres autem eius ab eo partem hereditatis petat iudicio familiae erciscundae, ſumtuum nomine et actionem habet, et doli mali exceptionem. Man ſehe übrigens *Car.* MOLINAEI Quinque Lectiones ſolemnes Dolonae (*Colon. Agripp. 1594. 8.*) Lect. IV. pag. 78. ſqq. und Weſtphal in dem angef. Syſtem §. 807.

duobus heredibus relictis deceſſit. Si unus omnem pecuniam ſolverit, partem *familiae erciſcundae iudicio* ſervabit: nec, ſi partem ſolvat, ex emto cum venditore aget; *quoniam ita contractum aes alienum dividi non potuit.*

Sind von einem Miterben Koſten blos zur Verzierung oder zum Vergnügen verwendet worden, ſo findet dieſer Koſten wegen zwar, ſofern der Aufwand noch vorhanden iſt, eine Exception Statt, womit ſich der Miterbe, ſo lange er im Beſitz der Sache iſt, ſchützen kann; allein eine Klage geſtatten die Geſetze wegen dieſes Aufwandes nicht, wenn nicht die übrigen Miterben dadurch erweislich bereichert worden ſind [98]).

98) *L. 27. pr. D. de negot. geſtis. L. 39. §. 1. D. de heredit. petit.* S. *Bruno* CASTENDYK Diſſ. de eo quod iuſtum eſt circa praeſcriptionem in iudiciis diviſoriis. *Goett. 1792.* Sect. I. §. 5.

Lib. X. Tit. III.

Communi dividundo.

§. 736.

Begriff des *iudicii communi dividundo.*

Die dritte Art der Theilungsklage ist das *iudicium communi dividundo.* Diese im eigentlichen Sinn sogenannte Theilungsklage ist eine gemischte Klage, welche derjenige, dem an einer gemeinschaftlichen singulären Sache ein Miteigenthum, oder sonst ein gemeinschaftliches dingliches Recht aus einem gerechten Titel zusteht, und die Theilung verlangt, gegen den andern Communionsinteressenten, welche sich beyde als Theilhaber gegenseitig anerkennen, dahin anstellt, daß die gemeinschaftliche Sache getheilt werde, und der Beklagte nebenher auch die aus der Verwaltung der gemeinschaftlichen Sache entstandenen Verbindlichkeiten erfülle. Diese Klage hat also

1) eine gemeinschaftliche singuläre Sache zum Gegenstande, worunter hier alles begriffen ist, was nicht als gemeinschaftliche Erbschaft ein Object von Rechten ausmacht, es bestehe aus einer, oder aus mehreren einzelnen Sachen, welche zusammen eine universitas rerum ausmachen, wie z. B. eine Bibliothek, eine Heerde Vieh, ein Waarenlager. Ulpian sagt *L. 4. D. h. t.* Per hoc iudi-

iudicium corporalium rerum fit diviſio, quarum rerum dominium habemus; non etiam hereditatis. Hierdurch unterſcheidet ſich dieſe Klage von der actio familiae erciscundae. Nur dann kann wegen gemeinſchaftlicher Erbſchaftsſachen auch communi dividundo geklagt werden, wenn die Erbſonderungsklage ſchon einmal gebraucht worden iſt, und dieſe Sachen erſt nachher noch zum Vorſchein gekommen ſind, nachdem die Erbſchaft ſchon getheilt war [99]). Sonſt hat die actio communi dividundo das Meiſte mit der Erbtheilungsklage gemein [100]). Darin aber iſt der Unterſchied zwiſchen beyden Klagen merkwürdig, daß die Erbtheilungsklage nicht mehr als einmal gebraucht werden kann [1]), dahingegen die actio communi dividundo ſo oft Statt findet, als noch etwas zu theilen übrig iſt [2]).

2) Der Kläger, der ſie anſtellt, muß Theilhaber an der geklagten gemeinſchaftlichen Sache ſeyn, und von dem Beklagten auch dafür anerkannt werden. Bedient ſich der letztere der Ausflucht, daß der Kläger kein Mittheilhaber ſey, ſo muß dieſer erſt ſein gemeinſchaftliches Recht an der Sache erweiſen. Iſt nun der Kläger im Beſitz oder Mitbeſitz, und der Beklagte behauptet, die Sache gehöre ihm allein zu, ſo wird der Beweis des Miteigenthums als ein Incidentpunct tractirt, ohne daß eine

99) *L. 34. D. Pro ſocio.*

100) *L. 6. §. 11. D. Comm. divid.*

1) *L. 20. §. 4. D. Famil. erciſc.*

2) *L. 4. §. 2. D. Comm. divid.* Hoc iudicium bonae fidei eſt. Quare, ſi una res indiviſa relicta ſit, valebit utique et caeterarum diviſio: et *poterit iterum communi dividundo agi de ea, quae indiviſa manſit.*

eine andere Klage braucht angestellt zu werden. Denn er gehört zur Legitimation des Klägers *ad causam* [3]). Wäre hingegen der Kläger nicht im Besitz der gemeinschaftlichen Sache, so paßt die Theilungsklage nicht, sondern der Kläger muß mit der Reivindication sein Miteigenthum ausführen. Es ist daher rathsam, daß wenn der Kläger einen Widerspruch von Seiten des Beklagten besorgt, er die Reivindication mit dem iudicio communi dividundo successivisch cumulire [4]). Noch ist zu bemerken, daß auch zwischen dem Erben und dem Legatar die Theilungsklage Statt finden kann, wenn es ungewiß ist, wieviel wegen der Falcidischen Quarte von dem Vermächtniß abgezogen und inne behalten werden könne. Paulus sagt *L.* 8. §. 1. *D. h. t.* Si incertum sit, an Lex Falcidia locum habeat, inter legatarium et heredem *communi dividundo* agi potest: aut *incertae partis vindicatio* datur [5]). Similiter fit, et si peculium legatum sit: quia, in quantum res peculiares deminuit, id, quod domino debetur, incertum est.

3) Die Klage geht auf Theilung der gemeinschaftlichen Sache, und nebenher auch auf Erfüllung der in Ansehung derselben entstandenen persönlichen Verbindlichkeiten. Ist die gemeinschaftliche Sache schon getheilt, es ist aber nach der Theilung ein gewesener Communionsinteressent

3) S. den 4. Th. dieses Commentars §. 286. a. S. 36.

4) S. Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden 4. Band §. 1134. S. 414.

5) Diese Klage hat nämlich alsdann Statt, wenn der Erbe dem Legatar das Vermächtniß streitig macht. S. POTHIER Pand. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. VI. Not. b. pag. 303.

sent dem andern noch Etwas zu leisten schuldig, so hat nicht das iudicium communi dividundo, sondern die actio pro Socio Statt. Paulus sagt *L.* 1. *D. h. t.* Communi dividundo iudicium ideo necessarium fuit, quod *pro Socio* actio magis *ad personales invicem praestationes* pertinet, quam ad *communium rerum divisionem.* Denique (diesem zu Folge) cessat communi dividundo iudicium, *si res communis non sit.* Und Pothier[6]) bemerkt bey dieser Stelle: Necessarium est iudicium *pro Socio*, si, post factam divisionem, sit aliquid, quod socius socio praestare debeat, cum post factam divisionem iam *res communis non sit*, proindeque *iudicium communi dividundo* cesset, necesse est hoc casu recurrere *ad iudicium pro Socio.* Ist die gemeinschaftliche Sache zufällig zu Grunde gegangen, und ein Theil dem andern noch Etwas aus der Gemeinschaft zu leisten schuldig ist, so hat das *iudicium communi dividundo utile* Statt, wie Cajus lehrt *L.* 11. *D. h. t.* In summa admonendi sumus, quod, si post interitum rei communis is, cui aliquid ex communione praestari oportet, eo nomine agere velit, *communi dividundo iudicium utile* datur: veluti si actor impensas aliquas in rem communem fecit, sive socius eius solus aliquid ex ea re lucratus est, veluti operas servi mercedesve, hoc iudicio eorum omnium ratio habetur.

§. 737.

Unter welchen Personen findet das iudicium communi dividundo Statt?

Das iudicium communi dividundo hat unter Theilhabern einer res singularis Statt, die Gemeinschaft mag durch

6) Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. VI. Not. i. Man sehe auch VINNIUS Selectar. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 36.

durch Vertrag, oder zufällig durch Vermächtniß, oder Schenkung u. d. entstanden seyn. Nihil interest, sagt Cajus[7]), cum societate, an sine societate res inter aliquos communis sit: nam utroque casu locus est *communi dividundo iudicio.* Cum societate res communis est, veluti inter eos, qui pariter eandem rem emerunt. Sine societate communis est, veluti inter eos, quibus eadem res testamento legata est. Es wird jedoch vorausgesetzt, daß den Theilhabern ein dingliches Recht an der gemeinschaftlichen Sache aus einem rechtmäßigen Titel zustehe[8]), der Rechtstitel bey den einzelnen Theilhabern sey gleich, oder verschieden[9]); das dingliche Recht sey ein Miteigenthum, oder ein gemeinschaftliches Nutznießungsrecht[10]), oder ein gemeinschaftliches Pfandrecht[11]), sie mögen dieses Pfandrecht vom Schuldner selbst, oder durch eine von dem Richter verfügte missio in

7) *L. 2. pr. D. h. t.*

8) *L. 7. §. 3. D. h. t.* Ex quibusdam autem causis vindicatio cessat: *si tamen iusta causa est possidendi*, utile communi dividundo competit: utputa si *ex causa indebiti soluti* res possideatur. Unter solchen, deren Besitz ungerecht ist, findet das iudicium communi dividendo nicht Statt. *L. 7. §. 4. et 5. D. h. t.*

9) Z. E. der eine kann titulo institutionis, der andere titulo legati an der Sache Theil haben. *L. 8. §. 1. D. h. t.* S. VOET Comm. h. t. §. 1. Ferner so kann der eine Communionsinteressent Eigenthümer von einem Theile seyn, der andere aber iure pignoris den andern Theil besitzen. *L. 2. Cod. h. t.* S. PO-THIER Pandect. Iustin. T. I. h. t. Nr. IX. pag. 303.

10) *L. 7. §. 7. D. eod.*

11) *L. 7. §. 6. D. eodem.*

in poſſeſſionem erhalten haben [12]). Nur ein Pfandgläubiger, dem der Schuldner ſeinen Antheil an einer ihm mit einem Dritten gemeinſchaftlichen Sache verpfändet hat, kann gegen den Dritten die Theilungsklage nicht anſtellen, wohl aber kann derſelbe von dem Miteigenthümer ſeines Schuldners auf Theilung provocirt werden [13]). Kommt nun in dieſem Falle die Sache zum öffentlichen Verkaufe, und ſie wird, weil ſie ſich nicht wohl theilen ließ, dem Pfandgläubiger, als dem Meiſtbietenden, zugeſchlagen; ſo muß ſich der Schuldner dies gefallen laſſen, und es wird ihm nicht geſtattet, gegen Bezahlung der Schuld, ſeinen Antheil zurück zu fordern, wenn er nicht auch den andern Theil annehmen will, den der Gläubiger bey der Adjudication an ſich gebracht hat. Ulpian ſagt *L.* 7. §. 13. *D. h. t.* Si debitor communis praedii partem pignori dedit, et a domino alterius partis provocatus creditor eius, aut ab alio creditore alterius debitoris, licendo ſuperavit, et debitor eius, cui res fuit adiudicata, velit partem ſuam praedii reciperare, ſoluto eo, quod ipſe debuit, eleganter dicitur, non eſſe audiendum, niſi et eam partem paratus ſit reciperare, quam creditor per adiudicationem emit. Man ſollte denken, der Gläubiger hätte wohl ſollen dem Schuldner von der geſchehenen Provocation ſeines Miteigenthümers Nachricht geben, damit er als Theilhaber ſelbſt hätte bieten können. Allein man nimmt hier an, der Schuldner habe

12) *L.* 7. §. 8. *D. h. t.* Item ſi duo a Praetore miſſi ſunt in poſſeſſionem legatorum: eſt enim iuſta cauſa poſſidendi, cuſtodiae gratia. Ergo et ſi duo ventres, idem erit dicendum. Quod habet rationem.

13) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. in fin.

habe durch die Verpfändung seines Antheils den Gläubiger auf den Fall zu seinem Bevollmächtigten bestellt, da die Provocation auf Theilung unterdessen geschehen würde[14]). Uebrigens kann man doch auch dem Gläubiger nicht zumuthen, daß er mit dem Schuldner des Pfandes wegen in eine ihm lästige Gemeinschaft trete. Es beruhet also diese Entscheidung auf hinreichenden Gründen, wie Ulrich Huber[15]) mit mehrerem gezeigt hat.

Auch Theilhaber einer gemeinschaftlichen Prädialservitut können nicht auf Theilung des dinglichen Rechts selbst, wohl aber auf getheilte Ausübung desselben mit dem iudicio communi dividundo utili klagen, z. B. daß jeder sie zu einer gewissen Zeit und in einem gewissen Maaße ausüben darf[16]).

Uebrigens findet die Theilungsklage Statt, die Interessenten mögen sich im Besitz der gemeinschaftlichen Sache befinden, oder nicht[17]). Hingegen stehet denjenigen, die eine Sache gemeinschaftlich gepachtet haben, diese Klage so wenig, als denjenigen zu, denen zugleich eine Sache in Verwahrung gegeben worden ist[18]). Non enim sibi, sagt Pothier[19]) sed domino, a quo conduxerunt, aut depositum susceperunt, possident. Es wird also zur Begründung des iudicii communi dividundo schlechterdings

14) *L. 29. sub fin. D. Familiae erciſc.*

15) Eunomia Rom. Lib. X. ad h. L. pag. 437. sq.

16) *L. 19. §. 4. D. h. t.* VOET h. t. §. 2.

17) *L. 30. D. h. t.*

18) *L. 7. §. 11. D. h. t.*

19) Pandect. Iustin. T. I. h. t. Nr. VIII. not. h.

dings erfordert, daß dem Kläger entweder ein Miteigenthum an der gemeinschaftlichen Sache, gleichviel, von welcher Art es sey, ein wahres, oder nur ein putatives, wie dem bonae fidei possessor zugeschrieben wird [20]), ein vollkommenes, oder nur ein unvollkommenes, wie der Superficiar [21]) oder Emphyteuta [22]) hat, oder sonst ein dingliches Recht zustehe. Gründet sich die Klage auf das Miteigenthum, so wird sie *iudicium communi dividundo directum*, gründet sie sich hingegen auf ein anderes dingliches Recht, so wird sie *iudicium communi dividundo utile* genennt.

§. 738.

Grundsätze von Theilung gemeinschaftlicher Sachen.

Wenn auf Theilung singulärer gemeinschaftlicher Sachen geklagt wird, so können hier mancherley Streitigkeiten entstehen.

I. Ueber die Theilungsverbindlichkeit. Es lassen sich hier folgende Fälle gedenken.

1) Einige Theilhaber verlangen die Theilung, andere nicht, sondern wollen in Gemeinschaft bleiben. Können letztere durch ihren Widerspruch die Theilung hindern? Nein, sie müssen sich auf die Theilung einlassen, und jene wegen ihrer Antheile abfinden; übrigens kann die Gemeinschaft unter den Letztern bestehen [23]).

2) Die

20) *L. 7. §. 2. D. h. t.* Qui in rem Publicianam habent, etiam communi dividundo iudicium possunt exercere.

21) *L. 1. §. 8. D. de Superficieb.*

22) *L. 7. pr. et §. 1. D. h. t.*

23) *L. 8. pr. D. h. t.*

2) Die Theilhaber haben den Vertrag geschlossen, daß die Gemeinschaft nicht aufgehoben werden, und daher die gemeinschaftliche Sache ungetheilt bleiben solle. Es wird darüber gestritten, in wiefern dieser Vertrag die Theilhaber verpflichte? Die Grundsätze, nach welchen der Richter diesen Streit unter den Interessenten zu entscheiden hat, gehen dahin.

1) Der Vertrag, daß die gemeinschaftliche Sache nie getheilt werden, sondern die Gemeinschaft ewig dauern, und also auch noch, nach dem Tode der Communionsinteressenten, unter ihren Erben fortgesetzt werden solle, hat nie die Kraft, daß dadurch die Theilungsklage ganz ausgeschlossen werden könne, wenn auch der Vertrag mit einem Eide wäre bekräftiget worden *). Denn Paulus sagt *L.* 70. *D. Pro Socio.* Nulla societatis in aeternum coitio est. Ist hingegen

2) die Dauer bestimmt, es sey nun solche entweder auf die ganze Lebenszeit der Interessenten erstreckt, oder auf eine kürzere bestimmte Zeit beschränkt worden, binnen welcher die gemeinschaftliche Sache nicht getheilt werden solle, so ist der Vertrag in so weit verbindlich, daß kein Theil ohne eine sehr wichtige Ursache davon abgehen darf[24]). Hierher gehören folgende Stellen.

L. 1. *pr. D. pro Socio.* Societas coiri potest vel *in perpetuum*, id est, dum vivunt, vel *ad tempus.*

L. 14. *D. eodem.* Si convenerit inter socios, *ne intra certum tempus communis res dividatur*, non videtur con-

*) S. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 3069.

24) Man sehe hier vorzüglich *Christ. Lud.* CRELLII Observationes de communione necessaria et indissolubili. *Vitembergae 1751.* §. 7.

conveniſſe, ne ſocietate abeatur. Quid tamen, ſi hoc convenit, *ne abeatur*: an valeat? Eleganter POMPONIUS ſcripſit, *fruſtra hoc convenire.* Nam etſi non conveniet, ſi tamen intempeſtive renuncietur ſocietati, eſſe *pro ſocio actionem.* Sed etſi convenit, *ne intra certum tempus ſocietate abeatur*, et ante tempus renuncietur, poteſt rationem habere renunciatio: nec tenebitur pro Socio, qui ideo renunciavit, *quia conditio quaedam, qua ſocietas erat coita, ei non praeſtatur*; aut *quid ſi ita iniurioſus*[25]) et *damnoſus ſocius* ſit, *ut non expediat eum pati*?

L. 15. *D. eodem.* Vel quod ea re frui non liceat, cuius gratia negotiatio ſuscepta ſit?

L. 16. §. 1. *D. eodem.* Qui igitur paciſcitur, *ne dividat*, niſi *aliqua iuſta ratio* intercedat, nec vendere poterit, *nec alia ratione efficiet, ut dividatur.* Et ſane poteſt dici, venditionem quidem non impediri, ſed exceptionem adverſus emtorem locum habere, ſi ante dividat, quam divideret is, qui vendit.

L. 17. *pr. D. eodem.* Sed et ſocius, qui alienavit, contra pactionem committit, et tenetur *ſocietatis*, aut *communi dividundo iudicio.*

L. 14. §. 2. *et* 3. *D. Commun. divid.* Si conveniat, *ne omnino diviſio fiat*, huiusmodi pactum nullas vires habere, manifeſtiſſimum eſt. Sin autem *intra certum tempus*, quod etiam ipſius rei qualitati prodeſt, valet. —

25) i. e. facilis ad contumeliam faciendam, conviciumque dicendum, ein zänkiſcher Menſch. S. BRISSONIUS de V. Signif. v. *Iniuriosus.*

let. — Si inter ſocios conveniſſet, ne intra certum tempus ſocietas divideretur, quin vendere liceat ei, qui tali conventione tenetur, non eſt dubium. Quare emtor quoque communi dividundo agendo, eadem exceptione ſummovebitur, qua auctor eius ſummoveretur.

II. Kann der Streit den Theilungsmaasſtab und die Art der Vertheilung unter die Intereſſenten betreffen. Hier treten folgende Grundſätze als Entſcheidungsnormen ein.

1) Die Vertheilung geſchieht nach dem Verhältniß des Antheils, den jeder Communionsintereſſent an der gemeinſchaftlichen Sache hat. Zunächſt aber wird immer Gleichheit der Antheile vermuthet [26]).

2) Wenn die gemeinſchaftliche Sache eine körperliche iſt, ſo iſt ſie entweder

a) theilbar. Dann wird jedem ſein Antheil an der Sache zugeſprochen. *L.* 1. *C. h. t.* Quodſi diviſio praedii ſine cuiusquam iniuria commode fieri poterit, *portionem ſuis finibus tibi adiudicatam poſſidebis.*

b) Die gemeinſchaftliche körperliche Sache iſt phyſiſch oder rechtlich untheilbar. Hier kann der Richter die Sache demjenigen Theilhaber ganz zuſprechen, welcher

26) *L.* 13. *D. de iudic. L.* 29. *pr. D. Pro Socio. L.* 63. §. 5. *D. eodem.* S. *Chr. Lud.* CRELL Diſſ. de praeſumtione aequalitatis in iudiciis diviſoriis *Vitemb.* 1735. und THIBAUT Syſt. des P. R. 2. Bd. §. 574.

cher das Mehreste bietet, oder bey gleichem Gebote demjenigen, welcher den größten Theil an der Sache hat [27]), und diesem kann er auferlegen, den andern wegen seines Antheils mit Gelde abzufinden [28]). Will keiner bieten, oder einer kann den andern nicht überbieten, so muß die Sache öffentlich zum Verkauf ausgeboten, und dem Meistbietenden überlassen werden [29]); oder wenn die Interessenten dies nicht wollen, so kann der Richter durch Theilung der Rechte an der Sache eine Auskunft treffen [30]). Sind mehrere einzelne Sachen zu vertheilen, so müssen sie taxirt, und verlooset werden, was einer über seinen Antheil erhalten hat, zahlt er dem andern heraus [31]). Ueberhaupt aber muß immer der Richter bey dem Theilungsgeschäfte dasjenige zur Norm befolgen, was für alle das Beste ist, oder von den Theilhabern selbst beliebt wird [32]).

3) Ist

27) *L. 34. §. 2. C. de donat.* LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandectar. h. t. §. 15.

28) *L. 1. Cod. h. t.* Et ea actione aut universum praedium, si licitatione viceris, exsoluta socio parte pretii, obtinebis; aut pretii portionem, si meliorem alius conditionem obtulerit, consequeris.

29) *L. 3. C. h. t.* Ad licitationem nonnunquam etiam extraneo emtore admisso; maxime si se non sufficere ad iusta pretia, alter ex sociis, sua pecunia vincere vilius licitantem, profiteatur.

30) *L. 6. §. 10. D. h. t.* Officio iudicis etiam talis adiudicatio fieri potest, *ut alteri fundum, alteri usumfructum adiudicet.* S. den 9. Th. des Commentars §. 628.

31) *L. 3. pr. C. h. t.* LAUTERBACH Colleg. Pandect. th. pr. h. t. §. 15.

32) *L. 21. D. h. t.* Iudicem in praediis dividundis, *quod omnibus utilissimum est*, vel *quod malint litigatores*, sequi convenit.

3) Ist die gemeinschaftliche Sache **unkörperlich**, so sind hier verschiedene Fälle denkbar.

a) Es kann mehreren an der nämlichen Sache ein gemeinschaftliches **Nutznießungsrecht** zustehen. Hier kann die Theilung nach Vorschrift der *L.* 7. §. 10. *D. b. t.* [33]) auf dreyerley Art geschehen.

α) Wenn jedem Theilhaber ein verhältnißmäßiger Theil des Grundstücks zur Benutzung angewiesen; oder

β) das nutznießliche Grundstück einem Dritten in Pacht gegeben, und der Pachtzins unter die Interessenten vertheilt wird; oder man läßt

γ) die Nutznießer ein Jahr um das andere abwechseln.

b) Es kann mehreren ein gemeinschaftlicher *usus* an einer Sache zustehen. Ein solches Recht ist eigentlich an sich untheilbar, und kann auch weder verkauft noch verpachtet werden. Die Auseinandersetzung kann daher in diesem Falle füglich anders nicht geschehen, als in der Art, daß der Richter den Werth schätzt; sodann dem einen der ganze usus, dem andern aber eine verhältnißmäßige Abfindung in Gelde zugesprochen wird. Paulus hat sich

33) *L.* 7. §. 10. *b. t.* sagt. Quum de usufructu communi dividundo iudicium agitur, iudex officium suum ita diriget, ut vel regionibus eis uti frui permittat; vel locet usumfructum uni ex illis, vel tertiae personae, ut hi pensiones sine ulla controversia percipiant; vel si res mobiles sint, etiam sic poterit, ut inter eos conveniat, caveantque, per tempora se usuros et fruituros: hoc est, ut apud singulos mutua vice certo tempore sit ususfructus.

hierüber *L.* 10. §. 1. *D. h. t.* auf folgende Art erklärt: Si *usus* tantum noster sit, qui neque venire neque locari potest; quemadmodum divisio potest fieri in communi dividundo iudicio videamus? Sed Praetor interveniet, et rem emendabit, ut, si iudex alteri usum adiudicaverit, non videatur alter, qui mercedem accepit, non uti: quasi plus faciat, qui videtur frui, quia hoc propter necessitatem fit [34]).

c) Es kann auch mehreren ein gemeinschaftliches Pfandrecht zustehen. Hier muß die Theilung des Pfandes nach dem Verhältniß des Schuldbetrags geschehen. Kann das Pfandstück auf diese Art nicht getheilt werden, so muß die Auseinandersetzung auf die Art geschehen, daß ein Gläubiger den andern wegen seiner Forderung befriediget, und das gemeinschaftliche Pfand hierdurch allein an sich bringt, wobey jedoch dem Schuldner das Recht, sein Pfand wieder einzulösen, unbenommen bleibt. Ulpian sagt *L.* 7. §. 12. *D. h. t.* Inter eos, qui pignori acceperunt, talis divisio fieri debet, ut non vero pretio aestimetur pars, sed in tantum duntaxat, quantum pro

34) POTHIER in Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XLVI. not. c. pag. 310. erläutert diese Stelle folgendermassen: *Finge duobus coniunctim legatum esse eundem usum: quomodo dividetur inter eos legatum? Nam usus est individuus; an usum arbiter uni totum adiudicabit, et alteri eum in partem pretii condemnabit? Sed nec hoc fieri posse alicui videbitur; usus enim nec vendi nec locari potest: usuarius enim vendendo aut locando suum usum, magis frui, quam uti videretur. Receptum est tamen propter necessitatem, ut in iudicio communi dividundo hoc fieri possit: nec videbitur is, qui mercedem accipit, magis frui, quam uti, quia magis necessitatis, quam fruitionis causa eam mercedem accipit.*

pro ea parte debetur; et, ſi adſignetur quidem pignus uni ex creditoribus, licentia tamen non denegetur debitori, debitum offerre, et pignus ſuum luere. Idemque dicitur, et ſi poſſeſſor pignoris litis aeſtimationem pigneratitia [35]) in rem agenti offerat [36]).

Uebrigens wird auch hier vorausgeſetzt, daß die gemeinſchaftliche Sache einer Theilung bedürfe. Die actio communi dividundo geht daher nicht auf nomina communia, d. i. auf gemeinſchaftliche Kapitalforderungen. *Nomina enim ſunt ipſo iure diviſa.* Steht alſo das gemeinſchaftliche Kapital noch bey dem Schuldner, ſo kann jeder gegen den Schuldner auf ſeinen Antheil klagen. Hat hingegen einer von den Intereſſenten das Kapital von dem Schuldner erhoben, ſo kann nach dem hier eintretenden verſchiedenen Verhältniß gegen den Empfänger entweder actione mandati, oder negotiorum geſtorum oder auch pro ſocio geklagt werden. Indeſſen bleibt es den übrigen auch frey, gegen den Schuldner ſelbſt auf ihren Antheil zu klagen, wenn er ohne gehörige Legitimation einem der Intereſſenten das Ganze ausbezahlt hat.

§. 739.

Verhältniß der Theilhaber zu einander in Abſicht auf die Dispoſitionsbefugniß über die gemeinſchaftliche Sache.

So lange die Gemeinſchaft noch wirklich beſteht, kann keiner der Theilhaber für ſich eine Verfügung über die gemein-

35) i. e. hypothecaria.

36) Scilicet non aeſtimabitur res vero pretio; ſed duntaxat ad quantitatem debiti, pro quo pignerata eſt creditori, qui hypothecaria agit, wie POTHIER in Pand. Iuſtin. h. t. Nr. XLVII. not. e. hier bemerkt hat.

meinschaftliche Sache, gegen den Willen der übrigen Theilhaber, selbstständig vornehmen. Denn er würde hierdurch in die Rechte der übrigen willkührlich eingreifen. Wenn daher ein Socius mit der gemeinschaftlichen Sache eine Neuerung vornehmen, oder sonst etwas verfügen wollte, was die Rechte des andern Theilhabers kränkte, oder gar auflösete; so hat dieser ein gegründetes Recht zu widersprechen, und den Hindernissen zu begegnen, welche den Umfang seiner Gerechtsame schmälern dürften [37]). Ja wenn auch mehrere der Interessenten eine solche Veränderung vorzunehmen beschlossen hätten, und auch nur einer der Theilhaber widerspricht, so ist dieser Widerspruch entscheidend, und die Veränderung muß unterlassen werden. Dies ist der Sinn der *L.* 28. *D. h. t.* wo es heißt: In re communi neminem dominorum iure facere quicquam, invito altero, posse. Unde manifestum est, prohibendi ius esse. In re enim pari potiorem causam esse prohibentis, constat [38]). Die Mehrheit der Stimmen kann demnach nicht entscheiden, wenn es auf das Interesse eines jeden Einzelnen ankommt [39]). Daher wird die Einwilligung aller Theilhaber erfordert, wenn z. B. von der Veräußerung, oder Verpfändung, oder Verpachtung, oder Beschwerung der gemeinschaftlichen Sache mit Dienstbarkeiten die Rede ist. Zwar ist es jedem Einzelnen erlaubt, seinen Antheil, auch ohne Einwilligung der übrigen, an einen

37) §. 9. *I. de rer. divis.* *L.* 12. *L.* 28. *D. h. t.*

38) Add. *Cap. 56. de Reg. iuris in VIto.* Man sehe auch KRUELLS Prüfung einzelner Theile des bürgerlichen Rechts. 2. Bändchen Nr. I. §. 26. und 27.

39) PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. I. Obs. 125.

einen Fremden zu veräußern. Allein hat er das Ganze eigenmächtig verkauft, so präjudicirt dies den übrigen nicht, welche in die Veräußerung nicht eingewilliget haben, und das Eigenthum ihres Antheils geht nicht auf den Käufer über. Sie können daher entweder den Käufer zu ihrem Antheil mit der Reivindication in Anspruch nehmen, oder sich an den Verkäufer halten. Folgende Stellen des Römischen Rechts setzen dieses außer Zweifel.

L. 1. *C. de commun. rer. alienat.* Si nulla usucapionis praerogativa, vel diuturni silentii praescriptio emtorem possessionis, quam a coheredibus patrui tui distractam suggeris, pro portione tua munit: in rem actio incolumis perseverat. At si receptum ius (d. h. die Verjährung) securitatem emtori praestiterit, arbitrium est tibi liberum conveniendi eos, qui pro portione tua satis illicitam venditionem celebraverunt.

L. 3. *C. eodem.* Falso tibi persuasum est, communis praedii portionem pro indiviso, antequam communi dividundo iudicium dictetur, tantum socio, non etiam extraneo posse distrahi.

L. 4. *C. eodem.* Portionem quidem tuam militantis frater tuus alienare non potuit: eius autem partem, pretio soluto, tibi restitui postulare, nec militari gravitati convenit.

L. un. C. Si communis res pignori data sit. Frater vester, sicut vobis invitis portionem vobis competentem obligare non potuit, ita suam dando, obligationem creditori quaesivit. Unde intelligitis, contractum eius nullum praeiudicium domino vestro facere potuisse.

L. 68.

L. 63. pr. D. Pro socio. Nemo ex sociis plus parte sua potest alienare, etsi totorum bonorum socii sint.

Ausnahmen finden jedoch Statt,

1) wenn der Fiskus Miteigenthümer ist. Dieser hat das Vorrecht, daß er die ganze Sache verkaufen kann, und der andere Theilhaber kann in diesem Falle nichts weiter fordern, als daß ihm sein Antheil in Gelde vergütet werde.

L. 2. C. de commun. rer. alienat. Multum interest, utrum coheredes tui possessionem communem distraxerunt, an vero fiscus, cum partis dominus esset, soliditatem iuxta proprium privilegium vendidit. Etenim si a fisco facta sit venditio, fidem eius infringi minime rationis est. Si vero coheredes soliditatem vendiderunt: licet emtor ab his delegatus partem pretii fisco solverit, alteramque in cautionem deduxerit, tamen portioni tuae ea venditio non potest obsistere.

Das Vorrecht des Fiscus, worauf sich diese Stelle bezieht, steht *L. un. Cod. de vendit. rer. fiscal. cum privatis commun.* Forma est (es ist Grundsatz), quoties ad fiscum vel minima portio rei pertinet, ut universa a procuratoribus meis distrahatur: sed pretium partis tantum in fiscum redigatur, reliquum dominis partium restituatur. Emtorem igitur praediorum, de quibus libellum dedisti, apud suum iudicem conveni, usurum defensionibus, si quae sibi competunt [40]).

2) Wenn

40) S. Westphals System des röm. Rechts über die Arten der Sachen, Besitz, Eigenthum ꝛc. §. 340.

2) Wenn der Gegenstand der Gemeinschaft eine causa promercalis, d. h. eine solche Sache ist, die deswegen angeschafft worden, um damit Handel zu treiben. Diese kann einer von den Communionsinteressenten allein verkaufen, weil dieses dem Zweck der errichteten Gemeinschaft gemäß ist[41]).

Hat ein Theilhaber gegen den Willen der übrigen eine Aenderung gemacht, oder machen lassen, so kann er deshalb nicht nur keinen Kostenersatz von den übrigen fordern, sondern er kann auch zur Wiederherstellung des vorigen Zustandes angehalten werden[42]). Hat hingegen ein Fremder eine Veränderung gemacht, und ein Theilhaber, der solches allein verhindern konnte, hat solches geschehen lassen, so kann dieser zwar zur Wiederherstellung nicht gezwungen, aber mit dem iudicio communi dividundo auf Ersatz des Schadens belangt werden. **Papinian** sagt *L* 28. *D. h. t.* Sed etsi in communi prohiberi socius a socio, *ne quid faciat*, potest, ut tamen factum opus tollat, cogi non potest, si, cum prohibere poterat, hoc praetermisit: et ideo per communi dividundo actionem damnum sarciri poterit. Sin autem facienti consensit, nec pro damno habet actionem. Quod si quid, absente socio, ad laesionem eius fecit, tunc etiam tollere cogitur.

Ueberall wird jedoch, wenn ein Socius widerspricht, vorausgesetzt, daß sein Widerspruch gegründet seyn müsse. Wenn daher der Widerspruch eines Theilhabers gegen eine

von

41) VOET Commentar. ad Pandect. h. t. §. 7.

42) S. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 3068. lit. D.

von den übrigen beschlossene Veränderung in einem solchen Falle geschähe, wo die Veränderung dem Widersprechenden durchaus unschädlich, oder der gemeinschaftlichen Bestimmung der Sache angemessen ist, z. B. das gemeinschaftliche Haus bedarf einer nöthigen Reparatur; so verdient ein solcher Widerspruch gar keine Rücksicht, und kann daher auch von gar keiner Wirkung seyn [43]). Der dissentirende Theilhaber muß also, seines Widerspruchs ungeachtet, nicht nur seinen Kostenbeytrag liefern, sondern er kann sogar, wenn er solchen binnen vier Monaten nicht bezahlt, seines Antheils an der gemeinschaftlichen Sache verlustig erklärt werden [44]).

§. 740.

Personalprästationen beym iudicio communi dividundo.

Die actio communi dividundo geht auch auf mancherley persönliche Prästationen. Sicut autem ipsius rei divisio venit in *communi dividundo iudicio*, sagt Ulpian *L.* 4. §. 3. *D. h. t.* ita etiam *praestationes* veniunt. Diese sind nun

I. Berechnung und Herausgabe der von einem Theilhaber gezogenen Nutzungen. Sie müssen nur erhoben worden seyn, nachdem die Sache schon gemeinschaftlich war. Plane fructus ante percepti, *quam res communis esset*, in

43) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. CXVIII. medit. 6. und *Mich. God.* WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 7.

44) *L.* 52. §. 10. *D. Pro Socio. L.* 4. *Cod. de aedificiis privat.* Man sehe auch WESTPHAL Interpretat. iuris de libertate et servitutib. praedior. §. 16.

in communi dividundo iudicium non veniunt, sagt Ulpian *L. cit.* 4. §. 3. *b. t.* Der Beklagte kann jedoch die dabey gehabten Schäden und Kosten in Abzug bringen. Nur muß er auf gemeinschaftliche Berechnung die Nutzungen erhoben haben. Denn hat er es um seines eigenen Vortheils willen gethan, so muß er den Schaden allein tragen, und den Gewinn mittheilen. *L.* 6. §. 2. *D. b. t.* sagt:

Sive autem locando fundum communem, sive colendo, de fundo communi quid socius consecutus sit; *communi dividundo iudicio* tenebitur: et, siquidem *communi nomine* id fecit, neque lucrum neque damnum sentire eum oportet (sc. *solum*, *nam commune esse debet*); si vero non communi nomine, *sed ut lucretur solus*, magis esse oportet, ut et damnum ad ipsum respiciat [45]).

II. Ersatz des durch Dolus oder Culpa des einen Theilhabers verursachten Schadens. Es gilt hier in Absicht auf die culpae praestatio der nämliche Unterschied, den wir in Ansehung der Miterben bey dem iudicio familiae erciscundae bemerkt haben. Nämlich der Socius richtet entweder

1) durch positive Thätigkeit Schaden an, und dann haftet er mit der Klage aus dem Aquilischen Gesetz für jede Culpa.

L. 47. §. 1. *D. Pro socio.* Si damnum in re communi socius dedit, *Aquilia teneri eum*, et CELSUS et JULIANUS et POMPONIUS scribunt.

L. 8.

45) §. 4. *I. de Societate. L.* 5. *C. de aedific. privat.*

L. 8. §. 2. *D. Commun. divid.* Venit in communi dividundo iudicium etiam, si quis rem communem deteriorem fecerit; forte servum vulnerando, aut animum eius corrumpendo, aut arbores ex fundo excidendo. Oder

2) er schadet durch Unthätigkeit und Unterlassung. Hier haftet er nur für eine solche Nachläßigkeit, dergleichen er in seinen eigenen Geschäften nicht zu begehen pflegt. Seine diligentia in concreto ist also hier der Maasstab für die Verantwortlichkeit seiner Culpa.

L. 72. *D. pro Socio.* Socius socio etiam *culpae nomine* tenetur, id est desidiae atque negligentiae: culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est; *sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet*; quia, qui parum diligentem sibi socium adscivit, de se queri debet.

§. *ult. I. de Societate.* Socius socio utrum eo nomine tantum teneatur pro socio actione, si quid dolo commiserit, sicut is, qui deponi apud se passus est; an etiam culpae, id est desidiae atque negligentiae nomine? quaesitum est: praevaluit tamen sententia, etiam culpae nomine teneri eum. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est, *sufficit enim talem diligentiam communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet*; nam qui parum diligentem socium sibi assumit, de se queri, sibique hoc imputare debet.

Diese Thätigkeit, mit welcher ein Gesellschafter bisher seine eigenen Geschäfte betrieb, hat der Richter nach äusserlichen Merkmalen zu untersuchen. Die Verbindlich-

keit

keit zu dieser Thätigkeit in gemeinschaftlichen Angelegenheiten geht aber nie weiter, als auf das mittlere Versehen, welches ein guter Hausvater nicht zu begehen pflegt. Für eine solche culpa levis muß aber auch jeder seinem Gesellschafter haften, welcher noch bisher nie seine eigenen Geschäfte, oder wenigstens solche bisher noch nicht allein, d. h. ohne Vormund betrieb, z. B. er trat mit einem Andern in Gesellschaftsverhältnisse, sobald er von der väterlichen Gewalt oder von der Vormundschaft befreyet war. Da hier der Maasstab der diligentiae, quam socius suis rebus adhibere solet, ganz wegfällt; so erwartet der andere Contrahent mit Recht von seinem Gesellschafter die Achtsamkeit eines guten Hausvaters, da ihm hier keine Unvorsichtigkeit in der Wahl zur Last fallen kann [46]). Hierauf sind folgende Stellen Ulpians zu beziehen.

L. 23. *D. de Regul. iuris*, wo gesagt wird: *Societas*, et *rerum communio* et dolum et *culpam* recipit.

L. 5. §. 2. *D. Commodati.* Ubi utriusque utilitas vertitur, ut in emto etc. ut *in societate*, et dolus et *culpa* praestatur.

Ist der Schade dadurch verursacht worden, daß der Communionsinteressent obrigkeitlichen Befehlen keine Folge leistete, so ist er dafür allemal verantwortlich, gesetzt auch, daß der Richter in seiner Strenge wirklich zu weit gegangen wäre. Hierher gehört, wenn Pomponius *L.* 20. *D. h. t.* sagt:

Si is, cum quo fundum communem habes, *ad delictum* non respondit, et ob id *motu iudicis* villa diru-

ta

46) S. SCHOEMANS Handbuch des Civilrechts 1. Bd. S. 309. ff.

ta eſt, aut arbuſta ſucciſa ſunt, praeſtabitur tibi detrimentum iudicio communi dividundo. *Quidquid enim culpa ſocii amiſſum eſt, eo iudicio continetur.*

Daß hier von einem begangenen Ungehorſam die Rede ſey, beſtätigen die Baſiliken[47]), wo dieſe Stelle folgendermaßen lautet:

Ἐὰν τῦ ἑνὸς τῶν κοινωνῶν μὴ ὑπακόυοντος, ὁ δικαςὴς καταλύσῃ τὸ ἐποίκιον, ἢ τὰ δένδρα κόψῃ, χωρὰ κατ' ἀυτῦ τῷ δικιροῦντι τὰ ἐπίκοινα δικαςηρίω· κινεῖται γὰρ ἐπὶ παντὶ ἀπολλυμένῳ ῥᾳθυμία τῦ κοινωνοῦ. i. e. Si, *uno ex ſociis non obtemperante, iudex villam diruerit, vel arbores ſucciderit, cum eo iudicio communi dividundo agitur: quidquid enim culpa ſocii amiſſum eſt, in hoc iudicium venit.*

Allein worin dieſer Ungehorſam beſtanden, deſſen ſich der Theilhaber an einem gemeinſchaftlichen Grundſtück ſchuldig gemacht hatte, iſt wegen der ſtreitigen Leſeart ſchwer zu beſtimmen. Die Florentine lieſet zwar *ad delictum*, und eben ſo Haloander. So leſen auch mehrere Handſchriften, wie in der Gebauerſchen Ausgabe des Corporis iuris Rom. angemerkt wird; und dieſe Leſeart vertheidigen beſonders Stephan Wilhelm Blancard[48]) und Pürtmann[49]). Allein Baudoza und unſer Erlanger Pandecten-Codex leſen *ad edictum*. Dieſer Leſeart will vor-

47) Tom. V. Lib. XII. Tit. 2. Conſt. 20. pag. 51.

48) Diſput. de villa motu iudicis diruta, ad L. 20. D. Comm. divid. *Trajecti ad Rhen. 1737.* (in *Ger.* OELRICHS *Theſ. nov. Diſſertat. Belgicar.* Vol. II. Tom. II. Nr. VII. p. 281. ſqq.)

49) Adverſarior. iuris univ. Lib. I. cap. 4.

vorzüglich Voet'°) darum den Vorzug einräumen, weil sie mit den Worten *motu iudicis* am besten zusammenstimmen soll. Denn diese Worte sollen so viel heißen, als impetu non rationali. Dergleichen Affect gezieme nun zwar eigentlich dem Richter nicht, wie Callistratus *L.* 19. §. 1. *D. de officio Praesid.* erinnert; das Verfahren sey folglich in dem gegebenen Falle gar nicht zu rechtfertigen gewesen. Weil indessen solches durch den Ungehorsam des Socius war veranlaßt worden, so sey auch nun dieser dem andern Mittheilhaber für die daraus entstandene Folge verantwortlich. Cujaz[51]) hingegen will lieber *ad delectum* lesen. Diese Leseart halten auch Duaren[52]), Taurelli[53]), Pothier[54]) und Brenkmann[55]) für die allein richtige, und sie hat wirklich nicht unbedeutende Gründe für sich. Denn *L.* 4. §. 10. *D. re militari* sagt: Gravius autem delictum est, detrectare munus militiae, quam adpetere: nam et *qui ad delectum olim non respondebant*, ut proditores libertatis, in servitutem redigebantur: sed mutato statu militiae recessum a capitis poena est[56]). Vorzüglich aber wird sie durch eine Stelle aus Dionyß von Halicarnaß[57]) unterstützt, welcher von der außerordentlichen

50) Commentar. ad Pand. h. t. §. 4.

51) Observation. Lib. XIII. cap. 29.

52) Disputation. anniversar. Lib. I. cap. 4.

53) Adnotat. in edit. Pand. florent. ad h. L.

54) Pandect. Iustin. T. I. h. t. Nr. LXXXIX. not. l.

55) Not. ad h. L. in edit. *Gebauer.*

56) Mehrere ähnliche Stellen aus Quinctilian, Livius, Varro und Valerius führt DUARENUS cit. loc. an.

57) *Antiquitat. Rom.* Lib. VIII. ad A. U. C. 271. pag. 554. edit. *Sylburg.*

lichen Strenge gegen diejenigen, die der Conscription keine Folge leisteten, Folgendes aufgezeichnet hat, was ganz auf unser Gesetz paßt. Οἱ γὰρ ὕπατοι προελθόντες ἔξω τῆς πόλεως ἐν τῷ παρακειμένῳ πεδίῳ, τὰς στρατηγικὰς δίφρους ἔθηκαν ἐνταῦθα, καὶ τὸν στρατιωτικὸν ἐποίουν κατάλογον, καὶ τοὺς μὴ ὑπακούοντας τοῖς νόμοις, ἐπειδὴ αὐτοὺς ἄγειν μὴ οἷοί τε ἦσαν, εἰς χρήματα ἐξημίουν ὅσοις μὲν χωρία ὑπῆρχον, ἐκόπτοντες ταῦτα, καὶ τὰς αὐλὰς καθαιροῦντες. d. h. nach der Sylburgischen Version: *Nam consules, ex urbe in adjacentem campum egressi, positis ibi sellis imperatoriis, delectum habuerunt; et, qui legibus non obedirent, eos, quoniam ipsos ducere nequibant, mulctarunt pecuniis; et si qui agros haberent, caesis arboribus, villisque dirutis.* Es erhellet hieraus, daß die Redensart *ad delectum non respondere*, von denjenigen gebraucht wurde, qui, vocati a consulibus, ut nomen militiae darent, praesto non erant ad consulum imperium, wie sie **Porhier** [58]) erklärt. Allein dies alles scheint mir dennoch nicht hinreichend zu seyn, um von der Florentinischen Lesart abzugehen. Denn es ist nicht wahrscheinlich, daß **Pomponius** hier an die ehemalige Strenge der Conscription gedacht haben sollte, da **Arrius Menander** *L.* 4. §. 10. *D. de re milit.* ausdrücklich sagt, es sey nur ehemals so gewesen, ehe man unter den Kaisern Truppen in Sold nahm, wie auch **Elbert Leoninus** [59]) ganz richtig erinnert hat. Es passen auch die Worte *motu iudicis* auf diesen Fall nicht recht, so gewiß es auch übrigens ist, daß unter *iudex* kein iudex pedaneus, sondern ein Magistrat zu verstehen sey. Denn daß insone

58) a. a. O. not. l. pag. 319.

59) Emendation. Lib. I. cap. ult.

insonderheit der Praeses provinciae, dem das merum imperium über Verbrecher zustand, *iudex* genennt werde, erhellet aus mehreren Stellen der Pandecten[60]). Es ist also hier zu Folge der florentinischen Lesearт von einem solchen Falle die Rede, wo der Besitzer eines gemeinschaftlichen Grundstücks wegen eines angeschuldigten Verbrechens von dem Magistrat, der die Criminalgewalt hatte, war gefordert worden, um auf die wider ihn angestellte Anklage zu antworten. Dies heißt hier *respondere ad delictum*, wie Blancard[61]) gezeigt hat, und es ist gar nicht abzusehen, wie Robert[62]) diese Redensart eine scriptura absona nennen kann. Der Vorgeladene gehorchte nun dieser Ladung nicht, sondern ergriff die Flucht. Dies scheint der eigentliche Fall des Gesetzes zu seyn, wie auch der griechische Scholiast in den Basiliken[63]) meint, durch dessen Bemerkung die florentinische Lesearт noch mehr bestärkt wird. Dieser sagt nämlich: Τυχὸν ἐπὶ ἁμαρτήματος ἐνήγετο, δὲ κληθεὶς οὐκ ὑπήκουε· κατέλυσε δὲ ὁ δικαστὴς τὸ κοινὸν εποίκιον. i. e. *Forte enim reus alicuius criminis agebatur, et vocatus non paruit: iudex autem communem villam diruit.* Wenn nun gleich gegen Angeklagte, welche flüchtig geworden, eigentlich nur eine Versiegelung und Aufzeichnung des hinterlassenen Vermögens Statt hatte;

60) *L. 19. D. de offic. Praes. §. 9. I. de public. iud.* Vid. *Corn. van* BYNCKERSHOEK Observat. iur. Rom. Lib. I. cap. 2. pag. 12. edit. *Heineccian.*

61) Disputat. cit. Cap. II. §. 3 — 5.

62) Sententiar. iuris Lib. III. cap. 4.

63) Βασιλικῶν Lib. XII. Tit. 2. ad Const. 20. Tom. II. pag. 61.

te[64]); so überreilte dennoch in dem gesetzlichen Falle der Affect des Zorns den Präses dergestalt, daß er gegen den Entwichenen, wie gegen einen überwiesenen Verbrecher, verfuhr, und sogar die gemeinschaftliche Villa zerstören ließ[65]). Der Ausdruck *motus iudicis* wird zwar auch in einer guten Bedeutung gebraucht[66]); allein hier soll er wohl nichts anders als den aufwallenden Affect des Zorns und Unwillens bezeichnen, welcher den Richter überraschte, und ihn verleitete, einen Schritt zu thun, der auf keine Weise gerechtfertiget werden konnte. In dieser Bedeutung kommt der Ausdruck *motus iudicis* öfters vor[67]), und man muß sich billig wundern, wie Rävard[68]) auf die Grille verfallen konnte, statt motu iudicis, *Magistratus imperio* zu lesen. Cornel van Bynkershök[69]) hat ihn deshalb kurz, aber sehr treffend abgefertiget, wenn er sagt: omnino aut errat, aut ludit *Raevardus*. Richtiger erklärt Voet[70]) den *motus iudicis* durch impetus non ratio-

64) *L. 2. L. 4. et 5. D. de requirend. vel absent. reis. L. 1. C. eodem.* BRISSONIUS de Verb. Signif. v. *obsignare.*

65) Ein ähnliches Beyspiel einer solchen tumultuosen Strafe gegen Ungehorsame hat Cicero *Philipp. I. c. 5.* Man sehe auch *Ev.* OTTO de Aedilib. coloniar. et municipior. Cap. XIII. §. 5. pag. 469.

66) *L. 21. §. 3. D. de testib. L. 10. C. de accusat. L. 2. Cod. ad SCtum Turpill. L. ult. Cod. Theod. ad L. Corn. de fals.*

67) *L. 19. §. 1. D. de offic. Praes. L. 12. C. de offic. Rect. prov. L. 2. C. ad SCt. Turpill.*

68) Varior. Lib. I. cap. 7.

69) Observation. iuris Rom. Lib. V. cap. 14. Man sehe auch *Rad.* FORNERIUS Lib. III. Rerum quotidianar. cap. 3.

70) Commentar. ad Pand. h. t. §. 4.

rationalis. Dem sey indessen, wie ihm wolle; der Theilhaber, der durch seinen Ungehorsam den Schaden veranlaßt hat, bleibt auf jeden Fall dem andern zur Entschädigung verpflichtet.

Noch ist zu bemerken, daß auch der Erbe für den Schaden seines Erblassers haftet, und mit der actio communi dividundo sogar in einem solchen Falle belangt werden kann, wo gegen den Erblasser die Klage des Aquilischen Gesetzes Statt gefunden hätte, wenn gleich diese Klage, als Pönalklage, gegen den Erben nicht Statt findet. Paulus sagt *L.* 10. *D. h. t.* Item, quamvis Legis Aquiliae actio in heredem non competat, tamen hoc iudicio heres socii praestet, si quid defunctus in re communi admisit, quo nomine Legis Aquiliae actio nascitur [71]).

III. Erstattung der zum Besten der gemeinschaftlichen Sache aufgewandten Unkosten. Hierbey sind jedoch folgende Fälle zu unterscheiden.

1) Der Miteigenthümer machte die Verwendungen im Auftrage des andern. Hier kann er den Ersatz durch Klage oder Einrede fordern, und in jenem Falle sich nach Verschiedenheit des Verhältnisses, nicht nur des iudicii communi dividundo, sondern auch der actio mandati, oder pro socio, bedienen.

2) Der Miteigenthümer machte die Verwendungen ohne Auftrag. Hier ist wieder zu unterscheiden.

71) S. *Ant.* FABER Rational. in Pandect. h. L.

a) Er hat die Auslagen absichtlich für die gemeinschaftliche Sache, als solche, oder, welches einerley ist, für das Miteigenthum gemacht. In diesem Falle kann er den Ersatz derselben, sofern sie nothwendig, oder nützlich sind, von dem andern Theilhaber fordern.

L. 14. *pr. D. b. t.* In hoc iudicium hoc venit, *quod communi nomine actum est*, aut agi debuit ab eo, qui scit, se socium habere.

Es schadet nichts, wenn er sich auch in der Person des Miteigenthümers geirrt, und geglaubt hätte, die Sache gehöre ihm mit dem A. gemeinschaftlich zu, woran aber dem B. das Miteigenthum zusteht. Denn es ist schon genug, daß er die Sache für gemeinschaftlich hielt, und es ihm also mehr um die Sache, als um die Person zu thun war. Paulus sagt ausdrücklich *L.* 29 *D. b. t.*

Si quis, quum existimaverit, fundum communem sibi cum Maevio esse, quem cum Titio communem habebat, impendisset; recte dicitur etiam *communi dividundo iudicium* ei sufficere. Hoc enim est, si sciam rem communem esse, ignorem autem, cuius socii: *neque enim negotia socii gero, sed propriam rem tueor*; et magis ex re, in quam impenditur, quam ex persona socii actio nascitur.

Die Worte: *neque enim negotia socii gero*, etc. scheinen widersprechend zu seyn, und man sollte fast glauben, es müsse umgekehrt heißen. Dies will auch Corn. van Bynkershök[72]. Allein der Ausdruck: *negotia gerere* bezieht

72) Obsservation. iur. Rom. Lib. VI. cap. 11.

zieht sich immer nur auf fremde Geschäfte, hingegen kann man eine gemeinschaftliche Sache mit Recht sein Eigenthum nennen, so weit man Antheil daran hat. So hat nach Cujaz[73]) diese Stelle Jensius[74]) ganz richtig erklärt. Vergleicht man hierüber noch die Auctoritäten, welche Brisson[75]) gesammlet hat, so ist diese Erklärung vollends außer Zweifel gesetzt, und die Bynkershökische Wortversetzung erscheint nicht nur als eine crisis dura, sondern contrastirt auch mit den folgenden Worten: *et magis ex re* etc. wie Sammet[76]) gegen Bynkershök sehr gründlich erinnert hat. Die letztern Worte aber *et magis ex re* etc. erklärt Pothier[77]) ganz richtig so: *actio communi dividundo magis ex eo nascitur, quod in rem communem, tanquam communem, impensum est, quam ex eo, quod habita fuerit contemplatio personae socii. Nam etsi eum noverim, magis mea contemplatione facio (cuius interest, tueri negotium, quod ad me pertinet) quam ipsius contemplatione.*

In Absicht auf die wegen dieser Verwendungen zustehende Klage ist jedoch folgender Unterschied merkwürdig.

 α) Der

73) Ad Lib. II. Quaestion. Pauli in h. L. 29.

74) Strictur. ad Rom. iuris Pand. ad h. L. 29. pag. 91. sq.

75) De Verbor. significat. v. *Proprius.*

76) Var. iuris civ. capita. Cap. 6. §. 3. in *Opuscul.* pag. 235. Nach dieser Erklärung können wir also aller weitern Emendation überhoben seyn, und wir haben weder nöthig mit *Io. Guil.* PAUW in Obsservationib. iuris Rom. Cap. 16. statt *propriam rem, proprie eam rem*, i. e. fundum, de quo instituit dicere ICtus, noch mit *Ios. Lud. Ern.* PÜTTMANN in Meletemat. iuris civ. Specim. I. Cap. 6. §. 2. *proprie iam rem tueor*, zu lesen.

77) Pandect. Iustinian. Tom. . h. t. Nr. LXXX. not. g. pag. 317.

α) Der Miteigenthümer hätte sein eigenes Interesse wahrnehmen können, ohne zugleich das Geschäft des andern mit besorgen zu dürfen. Hier hat die actio communi dividundo nicht Statt, sondern es kann deswegen nur allein *actione negotiorum gestorum* geklagt werden[78]). Folgende Stelle des **Paulus** bestätigt dieses ganz klar:

L. 40. *D. de negot. gestis.* Si communes aedes tecum habeam, et pro tua parte damni infecti vicino cavero; dicendum est, quod praestitero, negotiorum gestorum actione potius, quam communi dividundo iudicio posse me petere; *quia potui partem meam ita defendere, ut socii partem defendere non cogerer.*

Hierher gehört auch, was **Ulpian** sagt *L.* 6. §. 7. *D. h. t.* Si damni infecti *in solidum* praedibus (Bürgen) caveris; *Labeo* ait, *communi dividundo iudicium* tibi non esse: *cum necesse tibi non fuerit in solidum cavere*, sed sufficere *pro parte tua.* Quae sententia vera est.

β) Er konnte sein Geschäft nicht besorgen, ohne zugleich mit demselben das Geschaft des andern Theilhabers zu verbinden. Hier concurriren electiv die *actio communi dividundo* und *negotiorum gestorum*[79]). **Ulpian** theilt uns hierüber *L.* 6. §. 2. *D. h. t.* folgenden Grundsatz mit.

Non alias *communi dividundo iudicio* locus erit (ut et *Papinianus* scribit) nisi id demum gessit, sine quo partem suam recte administrare non potuit: alioquin, si

78) S. *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 3.

79) *Arn.* VINNIUS Selectar. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 37. und THIBAUT Syst. des P. R. 2. Bd. §. 575.

ſi potuit, habes *negotiorum geſtorum actionem*, eaque tenetur.

Daß aber deswegen auch die *actio negotiorum geſtorum* Statt habe, erhellet aus den oben bey dem iudicio familiae erciſcundae (§. 735. S. 115.) bereits angeführten Stellen, nämlich *L.* 18. §. 1. *Cod. familiae erciſc.* und *L.* 3. *Cod. de negot. geſt.* verglichen mit *L.* 6. §. 11. *D. h. t.*

In zwey Fällen hat jedoch nur das *iudicium communi dividundo utile* Statt.

1) Wenn dieſer Verwendungen wegen auf Erſatz geklagt wird, nachdem ſchon die Gemeinſchaft der Sache ſelbſt aufgehoben war. Ulpian giebt in der *L.* 6. §. 1. *D. h. t.* folgenden Grundſatz: Iudicium communi dividundo *utile* datur *de praeſtationibus, quotiens fundus communis eſſe deſiit.* Und Cajus ſagt überhaupt in der *L.* 11. *D. eodem.* In ſumma admonendi ſumus, quod ſi poſt interitum rei communis is, cui aliquid ex communione praeſtari oportet, eo nomine agere velit, *communi dividundo iudicium utile datur*; veluti ſi actor impenſas aliquas in rem communem fecit.

2) Wenn ſich der Kläger in der Perſon des Miteigenthümers geirrt hatte, es mag wegen der Verwendungen geklagt werden, ehe noch die Gemeinſchaft aufgehoben war, oder auch nachdem er ſeinen Antheil an einen Dritten veräußert hatte, wie aus folgender Geſetzſtelle klar erhellet.

L. 6. *pr. et* §. 1. *D. h. t.* Si quis putans ſibi cum Titio fundum communem eſſe, — ſumtum fecerit, cum eſſet cum alio communis, agi poterit *utili communi dividundo*

dundo iudicio. Quare et si fundum Titius alienaverit, licet hic communi dividundo iudicio locus non sit, quia a communione discessum est, *utili tamen locum futurum.*

b) Der Miteigenthümer hat Auslagen für die gemeinschaftliche Sache gemacht, aber in der Meinung, sie für sich selbst auf sein privatives Eigenthum zu verwenden. In diesem Falle kann er der gemachten Verwendungen wegen eigentlich nach der Strenge des Civilrechts nicht klagen, weil er nicht die Absicht hatte, sich dadurch irgend einen Andern verbindlich machen zu wollen. Er kann sich also nur durch eine Retention helfen, so lange er im Besitz der gemeinschaftlichen Sache ist. Veräußert er also die Sache, so fällt auch sogar dieses Mittel der Retention weg. Jedoch kann solches dem Käufer nicht abgesprochen werden, er mag wegen der Sache selbst von dem Miteigenthümer des Verkäufers mit der Reivindication oder mit der Theilungsklage in Anspruch genommen werden. Doch läßt man auch hier in der Praxis die *actio negotiorum gestorum utilis* zu [80]). Aus dem Römischen Rechte sind folgende Stellen hier merkwürdig.

L. 14. §. 1. *D. h. t.* Impendia autem, quae, dum proprium meum fundum existimo, feci, quae scilicet, si vindicaretur fundi pars, per exceptionem doli retinere possem, an etiam, si communi dividundo iudicio mecum agetur, aequitate ipsius iudicii retinere possim, considerandum est? Quod quidem magis puto: quia bonae fidei iudicium est communi dividundo. Sed hoc

80) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandectar. h. t. §. 13. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3068. Not. d.

hoc ita, ſi mecum agatur. Caeterum, ſi alienavero partem meam, non erit, unde retinere poſſim. Sed is, qui a me emerit, an retinere poſſit, videndum eſt: nam et ſi vindicaretur ab eo pars, impendiorum nomine, quae ego feciſſem, ita, ut ego, poterat retentionem facere: et verius eſt, ut et in hac ſpecie expenſae retineantur. Quae cum ita ſint, rectiſſime dicitur, etiam impendiorum nomine utile iudicium dari debere mihi in ſocium, etiam manente rei communione. Diverſum eſt enim, cum quaſi in rem meam impendo, quae ſit aliena, aut communis. *Hoc enim caſu, ubi quaſi in rem meam impendo, tantum retentionem habeo: quia neminem mihi obligare volui.* At cum puto rem Titii eſſe, quae ſit Maevii, aut eſſe mihi communem cum alio, quam eſt: id ago, ut alium mihi obligem; et ſicut negotiorum geſtorum actio datur adverſus eum, cuius negotia curavi, cum putarem alterius ea eſſe, ita et in propoſito. Igitur et ſi abalienavero praedium, quia in ea cauſa fuit, ut mihi actio deberet, danda mihi erit, (ut *Iulianus* quoque ſcribit) negotiorum geſtorum actio.

L. 29. *pr. D. eodem.* Diverſa cauſa eſt eius, qui putat, ſe *in rem propriam* impendere, cum ſit communis: *huic enim nec communi dividundo iudicium competit, nec utile dandum eſt.* Ille enim, qui ſcit, rem eſſe communem, vel aliena [81]) negotia eo animo gerit, ut aliquem ſibi obliget, et in perſona labitur.

In

81) Statt *aliena* will Cujaz ad Pauli Quaeſt. h. L. lieber *alienam* leſen, nämlich in Beziehung auf rem, und dann unterſcheidet er dieſes Wort von *negotia* durch ein Comma. Allein mit

In der erstern Stelle machen die Worte: *Quae cum ita sint — manente rei communione* den Auslegern nicht wenig zu schaffen. Paulus redet dort von dem Falle, wenn der Miteigenthümer Unkosten auf die gemeinschaftliche Sache verwendet hat, in der Meinung, sie sey sein privatives Eigenthum, und sagt, daß hier, wie bey der Revindication, nur durch eine Retention mittelst der exceptio doli Ersatz gefordert werden könne. Wie konnte nun Paulus aus diesem Vordersatz die Folge ziehen, daß auch während der Communion deshalb das iudicium communi dividundo utile Statt habe? Dies steht ja nicht nur mit dem Vorhergehenden, sondern auch mit dem Nachfolgenden in offenbarem Widerspruche, wo Paulus nochmals sagt: *hoc enim casu, ubi quasi in rem meam impendo, tantum retentionem habeo, quia neminem mihi obligare volui.* Allein dies ist nicht die einzige Schwierigkeit, mit welcher die Ausleger hier zu kämpfen haben. Auch die letztern Worte: *Igitur*

mit Recht hat hierbey *Corn. van* BYNKERSHOEK Observation. iuris Rom. Lib. VI. cap. 11. pag. 127. bemerkt, daß dieses keine Erfindung des Cujaz sey. Denn eben so lesen schon alle Ausgaben vor der Taurellischen, welche Bynkershök selbst verglichen hat. Ich habe diese Leseart auch bey Baudoza, und Contius (Paris 1562. 8.) gefunden. Allein die florentinische Leseart, mit welcher auch unser Erlanger Pandecten Codex übereinstimmt, läßt sich vollkommen rechtfertigen. Bynkershök meint zwar, man müsse das vel durch etiam erklären, wie es öfters bey den Rechtsgelehrten gebraucht wird. Allein dies ist gar nicht nöthig. Man darf nur nach aliena negotia ein Comma setzen. Diese Interpunction findet man auch in der Ausgabe des Hugo a Porta *Lugduni 1572.* f. und Julius Pacius, *Lugduni 1580.* Eine solche modesta crisis verdient unstreitig den Vorzug. S. *Io. Gotfrid* SAMMET Varia iuris civ. capita. Cap. 6. §. 4. in *Opuscul.* pag. 236.

Igitur etsi abalienavero praedium —— danda mihi erit negotiorum gestorum actio, sind ihnen anstößig. Im ganzen Text ist ja von dem *iudicio communi dividundo utili* die Rede; und diese Klage findet wegen der persönlichen Prästationen noch immer Statt, wenn auch durch Veräußerung des einen Theils der Sache die Communion in Ansehung des Veräußerers aufgehört hat. Was soll also hier die actio negotiorum gestorum?

Cujaz [82]) und Anton Faber [83]) halten daher diese Stelle für corrupt. Jedoch emendiren sie auf verschiedene Art. Erster lieset: *etiam non manente rei communione*; und erklärt diese Stelle so, daß das iudicium communi dividundo utile, von welchem in diesen Text die Rede sey, auch dann Statt habe, wenn die Communion nicht mehr existirt.

Porhier [84]) und Siegmund Reichard Jauch [85]) sind dem Cujaz beygetreten. Allein Faber glaubt, daß man dem Zusammenhange zu Folge vielmehr lesen müsse: *utile iudicium dari non debere*, weil in dem Vorhergehenden die Rede davon sey, was der Verwendungen wegen für ein Rechtsmittel Statt habe, wenn der Miteigenthümer sie in der Meinung gemacht hat, daß die gemeinschaftliche Sache sein privatives Eigenthum sey? Denn hier falle alle Klage weg. Weil nun aber zu dieser Erklärung die folgen-

82) Lib. II. Quaestion. Pauli ad L. 29. D. h. t.

83) Conjecturar. iuris civ. Lib. III. cap. 2.

84) Pandect. Iuftinian. Tom. I. h. t. Nr. LXXXI. not. k. pag. 317.

85) Meditation. criticae de Negationibus Pandect. florentin. Cap. XIII. nr. 6. pag. 171. et Cap. XVI. nr. 7. psg. 245.

folgenden Worte: *Diversum est enim* etc. nicht passen, so emendirt er hier auf folgende Art. Diversum est enim cum quasi *in rem alienam*, *aut communem*, *aut cum quasi in rem meam impendo*, quae sit aliena vel communis. Denn diese beyden Fälle setze Paulus einander entgegen. Man sehe dies auch schon daraus, weil es sonst nicht nöthig gewesen wäre, nach den folgenden Worten: Hoc enim casu, noch hinzuzufügen: *ubi quasi in rem meam impendo*, wenn vorher blos von diesem Falle allein die Rede gewesen wäre.

Soviel die oben angegebene andere Schwierigkeit anbetrifft, so hält Cujaz die Worte: *negotiorum gestorum* für ein Glossem eines unwissenden Auslegers, und will, daß man sie ganz wegstreiche. Faber hingegen hält sie für ächt, und erklärt sie so. Wenn ich Kosten zwar absichtlich auf eine fremde oder gemeinschaftliche Sache verwende, mich aber dabey in der Person des Eigenthümers, oder Miteigenthümers geirrt habe, so finde wegen des Ersatzes eine Klage Statt, weil ich hier die Absicht gehabt habe, mir einen andern verbindlich zu machen. Diese Klage sey bey bestehender Communion das iudicium communi dividundo utile, nach Aufhebung derselben aber die actio negotiorum gestorum.

Ohne alle Emendation hingegen hat Justus Meier [86]) die *L.* 14. auf folgende Art zu erklären gesucht. Paulus, sagt er, geht von dem Grundsatz aus, was dem Besitzer die exceptio doli ist, wenn er mit der Reivindi-

cation

86) Ενδοξῶν Iustinianeor. sive Disputation. apologeticar. iuris civ. Decad. III. Cap. 8.

cation in Anspruch genommen wird, das gewährt ihm die aequitas iudicii bey der Theilungsklage. Aus dieser Prämisse leite nun der Römische Jurist die Folge her, daß in dem Falle, da der Besitzer auf das gemeinschaftliche Grundstück in der Meinung, es sey sein privatives Eigenthum, Unkosten verwendet hat, dieser Verwendungen wegen, so lange die Communion besteht, auch das iudicium communi dividundo utile Statt haben müsse. Die Partikel *etiam* zeige also hier eine Fortdauer an, und sey soviel, als *etiammum manente communione*. Der in den Gesetz enthaltene Satz sey demnach folgender:

Quicunque impendia aequitate iudicii retinere potest, si cum eo agatur communi dividundo, durante communione; eidem, manente adhuc rei communione utile dandum est iudicium. Cum enim durante communione sit iudicium communi dividundo: et eidem insint impendia, cur de iis, suadente aequitate, non datur iudicium?

Nun konnte aber die Frage entstehen, warum gerade nur bey noch bestehender Gemeinschaft das iudicium utile Statt haben solle, da doch sonst diese Klage auch noch nach aufgehobener Communion gestattet wird? *L. 6. pr. et §. 1. L. 11. D. h. t.* Hierauf antworte der Röm. Jurist, der Fall, wenn ich auf eine gemeinschaftliche Sache Kosten verwende, als wäre sie meine eigene Sache, sey von dem verschieden, von welchem die Regel spreche, die im Principium der *L.* 14. angegeben wird. Denn da ich hier nicht communi nomine gehandelt habe, und folglich auch mir Niemanden habe verbindlich machen wollen, so entstehe hier keine Klage ex ipsa gestione, sondern blos aus der noch fortdauernden Communion. Habe ich mich

hinge-

hingegen blos in der Person desjenigen geirrt, den ich für meinen Miteigenthümer hielt, so habe ich communi nomine gehandelt; und das iudicium communi dividundo ist begründet, die Gemeinschaft mag noch bestehen, oder schon getrennt seyn. Zwar sey es auch in dem Falle, da ich Kosten auf die gemeinschaftliche Sache verwendet habe, als wäre sie mein privatives Eigenthum, nicht minder der Billigkeit gemäß, daß mir noch, nach aufgehobener Communion, eine Klage zustehe; weil eine Klage während der Gemeinschaft Statt fand; allein die actio communi dividundo utilis könne hier nicht angestellet werden, sondern die actio negotiorum gestorum utilis.

Nach dieser Erklärung würde also in dem Falle, da der Miteigenthümer Kosten auf die gemeinschaftliche Sache verwendet hat, aber in der Meinung, sie für sich selbst auf sein privatives Eigenthum zu machen, eine Klage Statt finden! Wie läßt sich aber damit vereinigen, wenn eben dieser Paulus *L.* 29. *D. h. t.* ausdrücklich sagt: *Qui putat, se in rem propriam impendere, cum sit communis, huic nec communi dividundo iudicium competit, nec utile dandum est?* Die Schwierigkeit ist also durch diese Interpretation im mindesten nicht gehoben worden. Soviel ist indessen wohl gewiß, daß in der *L.* 14. *cit.* nur von zwey Fällen die Rede sey, welche Paulus mit einander vergleicht, nämlich wenn man eine gemeinschaftliche Sache für sein privatives Eigenthum hält, und dann, wenn man zwar weiß, daß die Sache gemeinschaftlich ist, aber sich in der Person des Miteigenthümers geirrt hat. Daher kann die Emendation des Cujaz, welcher *etiam non manente rei communione* lesen will, schlechterdings keinen Beyfall finden, da

ihr

ihr sowohl der ganze Zusammenhang des Textes, als auch die Auctorität des florentinischen Codex und die übereinstimmende Lesart aller übrigen Handschriften und Ausgaben der Pandecten offenbar entgegen streitet. Man wird sich hiervon noch mehr überzeugen, wenn man mit der *L.* 14. die Basiliken [87]) vergleicht, welche den Sinn derselben auf folgende Art darstellen.

Εἰ μέντοι εἰς τὸ κοινὸν ὡς ἴδιον δαπανήσει, καὶ κινεῖται κατ' αὐτῆ ἡ ἐπὶ τῷ πράγματι ἀγωγὴ ἐπὶ τῷ μέρει· ἡ τὸ διαιροῦν τὰ ἐπίκοινα δικαστήριον, ἔχει παρακατάσχεσιν ἐπὶ τῷ μέρει τῆς δαπάνης· καὶ ὁ παρ' αὐτῆ ἀγοράσας ἔχει τὴν αὐτὴν παρακατάσχεσιν, ἐφ' οἷς ὁ πράτης ἐδαπάνησεν· ὁ γὰρ ὡς εἰς ἴδιον δαπανῶν ἐν πραγματι κοινῷ, ἢ αλλοτρίῳ, μόνην ἔχει παρακαταςχεσιν· οὐδένα γὰρ ἠθέλησεν ἑαυτῷ ἐνοχοποιῆσαι. εἰ μέν τοι κοινὸν ἦδει τὸ πρᾶγμα, περὶ δὲ τὸ πρόσωπον ἐπλανᾶτο τῆ κοινωνοῦ, ἁρμόξει τὸ διαιροῦν τὰ ἐπίκοινα δικαστήριον· ὥσπερ ὅτε τὸ τῆ Πέτρου πρᾶγμα διοικήσω, ὡς τὸ Παύλου, ἔχω κατὰ τῆ Πέτρου τὴν περὶ διοικήσεως ἀγωγήν. i. e. *Si tamen in rem communem, quasi in rem suam, impenderit, et ab eo pars vindicetur, vel cum eo communi dividundo agetur, partem sumtuum retinebit, et qui ab eo emit partem quoque impendiorum, quae venditor fecit, retinere potest: qui enim in rem communem cum alio, vel in rem alienam, quasi in rem suam, impendit, tantum retentionem habet: neminem enim sibi obligare voluit. Si tamen sciebat, rem esse communem, erraverit autem in persona socii, communi dividundo iudicium competit, sicut, cum Petri negotia curavi, cum putarem Pauli ea esse, adversus Petrum negotiorum gestorum actionem habeo.*

Hier-

87) Tom. II. Lib. XII. Tit. 2. Const. 14. pag. 48. sq.

Hieraus ergiebt sich also, daß die Worte der *L.* 14. Quae cum ita sint, — etiam manente rei communione, sich nothwendig auf das Vorhergehende beziehen, wo von dem Falle die Rede ist, da der Miteigenthümer Auslagen für die gemeinschaftliche Sache gemacht hat, aber in der Meinung, daß sie ihm allein zugehöre. Da nun aber freylich die Schlußfolge in dieser Verbindung nicht affirmativ, sondern nur negativ ausfallen konnte, so dürfte wohl die Fabersche Emendation, *utile iudicium dari non debere*, vor der Cujazianischen den Vorzug verdienen, wenn ihr nur die Auctorität des florentinischen Codex nicht ebenfalls entgegenstünde. Einen richtigern Weg scheint mir daher **Petrus Duirsema**[88]) eingeschlagen zu haben. Dieser sucht durch eine Gemination der Schwierigkeit abzuhelfen, indem er die letzte Sylbe in dem Worte *nomine* doppelt lieset, woraus nun, ohne mit Faber die Partikel *non* einschieben zu dürfen, folgender negativer Sinn entsteht: impendiorum nomine *ne* utile iudicium dari debere mihi in socium, etiam manente rei communione. Die Partikel NE bedeutet aber hier soviel als *ne quidem*. Dies lehrt nicht nur der ganze Zusammenhang, sondern es wird auch die Partikel NE in der Bedeutung für *ne quidem* vorzüglich vom **Paulus** sehr häufig gebraucht, wie aus mehreren Fragmenten dieses Rechtsgelehrten erhellet. Ich muß hiervon um so mehr einige anführen, da weder **Brisson**[89]), noch **Wunderlich**[90]) diese Bedeutung haben,

88) Conjecturalium iuris civ. (*Groeningae 1714. 8.*) Lib. II. Cap. 9. §. 2.

89) De Verbor. iuris Significat. voc. *Ne.*

90) Additament. ad *Brissonium.*

ben, und auch Duirſema ſeine, gewiß vor allen den meiſten Beyfall verdienende, Conjectur gar nicht weiter unterſtützt hat, ſondern dieſe Bedeutung als bekannt vorausſetzt. Zum Beweis werden folgende Stellen, wie ich hoffe, hinreichend ſeyn.

L. 13. §. 1. *D. de interrogat. in iure.* Eum, qui patremfamilias, ſuum eſſe reſponderit ſervum, non teneri noxali actione: ac NE, ſi bona fide liber homo mihi ſerviat, mecum noxali iudicio agi poteſt.

L. 31. *pr. D. de excuſat.* Nec me movet, quod dicat aliquis, hoc NE exigi, an adminiſtretur tutela.

L. 21. §. 1. *D. de actione rer. amotar.* Si ſervus mulieris, iuſſu dominae, divortii cauſa res amoverit, PEDIUS putat, NE furtum eum facere, quoniam nihil lucri ſui cauſa contrectet.

L. 2. *D. de Rei vind.* Sed ſi par numerus duorum interfuerit, neuter ſolidum gregem, ſed NE partem dimidiam totius eius vindicabit.

Haloander verwandelt zwar in allen dieſen Stellen das NE in nec; allein ohne allen Grund, wie Joh. Wilh. Marckart[91]) gezeigt hat. Ich will nur noch eine Stelle des Paulus aus der *Collatione Legg. Moſaicar. et Rom.* anführen, wo es Tit. XVI. §. 3. heißt:

Quem filius emancipatus ſuſcepit, vel adoptavit, ſui heredis locum obtinere non poteſt. Adoptivus tamen

91) Interpretation. receptar. iuris civ. Lectionum. Lib. I. cap. 6. §. 1.

tamen NE quasi cognatus bonorum possessionem eius potiri potest.

Anton Schulting[92]) will zwar hier ebenfalls statt NE, vielmehr *nec* lesen; es ist aber auch diese Emendation ganz unnöthig, wie Corn. Valerius Vonck[93]) und Herrmann Cannegieter[94]) mit Recht erinnert haben. Daß die Partikel NE in der angegebenen Bedeutung auch sonst bey den römischen Classikern sehr häufig vorkommt, haben Burmann[95]), Ducker[96]) und Scheller[97]) aus vielen Stellen der Alten erwiesen. Wer übrigens mit der Schreibart in den alten codicibus, und besonders mit den Abbreviaturen der florentinischen Pandecten nicht ganz unbekannt ist, wird wissen, daß eine der aller gewöhnlichsten und häufigsten Abkürzungen gewiß diejenige ist, daß man mehrere auf einander folgende gleiche Buchstaben, ja ganze gleichlautende Wörter der Kürze wegen zusammenzog, und nur einmal hinschrieb; z. B. statt necesse esset, *necesset*, statt ei ius *eius* u. s. w.[98]). Ihn wird es daher auch nicht befremden, wenn hier durch eben das Mittel der

92) Iurisprud. Antejustin. pag. 796. Not. 34.

93) Specim. critic. in varios Auctores. (*Trajecti ad Rhen. 1744.* 8.) pag. 52.

94) Observation. iuris Rom. Lib. II. cap. 7. pag. 168.

95) Ad *Quinctilian.* Institut. orator. Lib. VI. cap. 1. et ad *Petronium* cap. 9.

96) Ad *Florum* Lib. III. cap. 17.

97) Lateinisch-deutsches Wörterbuch sub voc. *Ne* lit. C. S. 3850.

98) S. *Guil.* BEST Ratio emendandi leges Cap. I. Nr. IV. pag. 20. sqq. und *Corn. van* BYNKERSHOEK Observation. iur. Rom. Lib. IV. cap. 20.

der Gemination einer Schwierigkeit ist abgeholfen worden, welches unsern Critikern in unendlich vielen andern Fällen so vortrefliche Dienste geleistet hat, corrupte Stellen der Pandecten in ihrer vorigen Aechtheit und altem Glanze wieder herzustellen[99]). Die Worte: *etiam manente rei communione* sind nun so zu verstehen: etiamsi maneret rei communio. Der Sinn der Worte: *Quae cum ita sint* etc. wäre nun also der: Es folgt hieraus, daß man mit vollkommenen Grunde behaupten könne, der Unkosten halber finde in dem Falle, da der Miteigenthümer die gemeinschaftliche Sache für seine eigene gehalten hat, auch nicht einmal eine actio utilis Statt, wenn gleich keine Veräußerung geschehen ist, sondern die Gemeinschaft in Ansehung der Sache wirklich noch besteht. Ganz anderer Meinung unter den neuern Rechtsgelehrten ist zwar Joh. Gottfr. Sammer[100]). Nach seiner Erklärung soll das utile iudicium auch dem zustehen, welcher die Kosten auf die gemeinschaftliche Sache in der Meinung verwendet hat, als ob sie ihm allein zugehöre, und zwar gestatte Paulus hier darum nur ein iudicium utile, *etiam manente rei communione*, wenn gleich sonst, bey noch bestehender Communion, ein iudicium directum Statt finde; weil das directum nur in dem Falle Statt habe, wenn die Kosten auf die ge-

99) Man vergleiche z. B. BEST Ratio emend. LL. Cap. 11. 12 et 14. *Herm.* CANNEGIETER Observation. iuris Rom. Lib. I. cap. 18. *Io. Conr.* RÜCKER Observationes Cap. 3. et 4. *Corn. van* BYNKERSHOEK Observation. iur. Rom. Lib. VI. cap. 6. et cap. 18. so wird man genug Beyspiele solcher Geminationen finden.

100) Receptar. Lectionum ad *Iauchium* libr. sing. Cap. 7. (in *Opuscul.* pag. 129.)

meinschaftliche Sache, als solche, absichtlich verwendet worden sind. Allein dieser Erklärung steht offenbar eben das entgegen, was gegen die oben angeführte Interpretation des Justus Meier erinnert worden, von der sie fast gar nicht unterschieden ist.

Die folgenden Worte: *Diversum est enim* etc. stehen nun auch mit dem Ganzen in genauem Zusammenhange, denn der Sinn gehet dahin: der Fall, von dem hier die Rede ist, *cum quasi in rem meam impendo, quae est communis*, sey freylich von dem, welcher gleich Anfangs erwähnt war, *si quid communi nomine actum est*, gesetzt auch, daß man sich in der Person dabey geirret habe, ganz verschieden.

Wie die letztern Worte: *Igitur et si abalienavero praedium — negotiorum gestorum actio*; den Auslegern haben einige Schwierigkeit, ja wie sie eine solche Mißdeutung haben verursachen können, als wir hier in ihren Interpretationen finden, ist unbegreiflich. Weder Cujaz, welcher die Worte *negotiorum gestorum* als ein Glossem weggestrichen haben will; noch Anton Faber, welcher in dem Fall, da sich der Miteigenthümer in der Person des Theilhabers geirrt hat, einen Unterschied macht, ob die Gemeinschaft noch besteht, oder durch Veräußerung aufgehört hat, und nur im ersten Fall des iudicium communi dividundo für begründet halten will, dahingegen in dem letzten die actio negotiorum gestorum Statt haben soll; noch Justus Meier, welcher gar die letzten Worte des §. 1. der *L.* 14. von dem Falle versteht, da der Miteigenthümer die gemeinschaftliche Sache für sein privatives Eigenthum gehalten hat; verdient Beyfall. Darin haben Cujaz und Faber vollkommen

men recht, daß die Worte: *Igitur et si alienavero* praedium blos von dem Falle zu verstehen sind, da sich der Miteigenthümer zwar in der Person des andern Theilhabers geirrt, die Auslagen aber doch für die gemeinschaftliche Sache gemacht hat. Allein die Auctorität des florentinischen Codex, und die übereinstimmende Leseart aller bis jetzt bekannten Handschriften und Ausgaben der Pandecten erlaubt eines Theils kein Wegstreichen der Worte *negotiorum gestorum*; andern Theils aber ist es auch noch keine Folge, daß die actio negotiorum gestorum in dem Falle, da durch Veräußerung die Gemeinschaft aufgehört hat, darum die alein zuständige sey, weil sie hier blos genannt ist. Denn daß auch hier die actio communi dividundo utilis electivisch concurrire, erhellet aus der *L.* 6. §. 1. *D. h. t.* ganz klar.

Von der Wirkung einer mittelst des iudicii communi dividundo geschehenen Theilung hat zwar Hellfeld nichts gesagt, es verdient aber doch wenigstens bemerkt zu werden, daß hier eben das gilt, was in dem vorigen Titel bey der Erbtheilungsklage hiervon gesagt worden ist. Was also dem Theilhaber gerichtlich zuerkannt worden ist, wird gleich sein privatives Eigenthum [1]), und der Richter muß ihm dabey schützen [2]). Es kann auch hier wegen der Entwährung Caution gefordert werden [3]). Entsteht während des Theilungsgeschäfts über ein Recht des gemeinschaftli-

 chen

1) §. *ult. I. de officio iud.*

2) *L.* 44. §. 1. *D. famil. erciſc.* Si familiae erciſcundae, vel *communi dividundo* actum ſit: adiudicationes Praetor tuetur, exceptiones aut actiones dando.

3) *L.* 10. §. 2. *D. h. t.* In communi dividundo iudicio — *de evictione* quoque cavendum erit.

chen Grundstücks zwischen den Miteigenthümern und einem Dritten ein Streit, so wird zwar der Prozeß bis zur Theilung auf gemeine Rechnung geführt, und die erhaltenen Vortheile gehören auch zur Gemeinschaft; nachher aber, wenn dem einen Interessenten das ganze Grundstück allein zuerkannt worden ist, müssen sämmtliche Theilhaber einander gegenseitig caviren, daß sie das, was sie durch diesen Prozeß, als zur gemeinschaftlichen Sache gehörig, erstreiten werden, dem Adjudicatar überlassen wollen, dahingegen dieser auch dagegen ihnen die, von Zeit der Adjudication an, aufgewandte Prozeßkosten ersetzen zu wollen, sich anheischig macht [4]).

4) *L. 47. pr. D. famil. erciſc.* In iudicio familiae erciscundae, vel *communi dividundo*, si, dum res in arbitrio sit, *de iure praedii* controversia sit, placet, omnes eos, inter quos arbiter sumtus sit, et agere et opus novum nunciare pro sua quemque parte posse: et cum adiudicationes ab arbitro fiant, si uni adiudicetur totus fundus, caveri oportet, ut quae ex his actionibus recepta fuerint, reddantur; aut quae in eas impensae factae fuerint, praestentur: et si, cum res in iudicio esset, eo nomine actum non fuerit, eum sequi integram actionem, cui totus fundus adiudicatus fuerit, aut pro quacunque parte adiudicatus fuerit, aut pro quacunque parte adiudicatus erit. S. POTHIER Pandect. Iustin. h. t. Nr. XLVIII. pag. 310. und Westphals System der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten §. 830.

Lib. X. Tit. IV.

Ad exhibendum.

§. 741.

Was heißt *exhibere*? Was ist die *actio ad exhibendum*? In welchen Fällen hat sie Statt?

Der Ausdruck *Exhibere*[5]) hat in unsern Gesetzen verschiedene Bedeutungen.

1) Im allgemeinen Sinn heißt es, einen Gegenstand dem Andern darstellen, so daß er ihm gegenwärtig ist. Cajus sagt *L.* 22. *D. de Verb. Signific. Exhibere* est praesentiam corporis praebere. Und Ulpian erklärt es noch ausführlicher, wenn er *L.* 3. §. 8. *D. de homine libero exhib.* sagt: *Exhibere* est in publicum producere, et videndi tangendique hominis facultatem praebere. So wird also das Wort nicht nur von Sachen, sondern auch von Personen gebraucht. Z. B. exhibere eum, quem iudicio sisti promisimus. *L.* 17. *D. de in ius voc. L.* 4. *D. In ius vocati ut eant. L.* 4. *D. Qui satisdare cog. L.* 45. §. 3. *D. Mandati.* Allein hier, wo von der actio ad exhibendum die Rede ist, reicht diese Bedeutung nicht hin. Daher tadelt Pomponius *L. ult. D. de Verbor. Signif.*

5) Ueber die Etymologie dieses Worts vergleiche man *Aegid.* MENAGII Amoenitat. iuris civ. Cap. 39. pag. 284.

den Labeo, wenn dieser sagt: *Exhibere* sey auch hier nichts anders, als *praestare eius, de quo agitur, praesentiam*, da dieser Ausdruck in dem Titel ad exhibendum, zu welchem die angeführte *L. ult.* gehört, mehr als eine bloße Darstellung des Gegenstandes, weshalb geklagt wird, [in sich begreift [6]). Hier heißt also

2) *Exhibere* in einem engern Sinn soviel, als eine körperliche Sache dem Andern, der ein Interesse hat, sie zu sehen, an Gerichtsstelle oder auf eine solche Art vorzeigen, daß dieser dadurch in den Stand gesetzt wird, sein Recht in Ansehung der Sache zu verfolgen. In dieser Bedeutung sagt Paulus *L. 2. D. h. t. Exhibere* est facere in publico [7]) potestatem, ut ei, qui agat, experiundi sit copia. Die letztern Worte deuten auf eine Hauptklage hin, der durch die Exhibition der Weg gebahnt werden soll, und welche in den Gesetzen dieses Titels [8]) *iudicium directum*, oder *actio directa* genennt wird. Das *agat*, ist daher soviel, als *agere velit*, wie es in den Basiliken [9]) deutlicher ausgedruckt wird, wo es heißt: Παρασῆσαί ἐσιν ἀγαγεῖν δημοσίᾳ ἐφ' ᾧ σχεῖν ευχέρειαν τὸν βελόμενον ἐναγαγεῖν. i. e. *Exhibere est in publicum producere, ut ei, qui agere velit, experiundi facultas sit.* In dieser Be-

6) S. *Iac.* CUJACII Commentar. ad Tit. de Verbor. Significat. h. L. ult. et *Io.* GOEDDAEI Commentar. ad eund. Tit. et Leg. ult. pag. 1242.

7) *Io. Guil.* HOFFMANN in Meletemat. ad Pandect. Lib. X. §. 5. lieset hier statt facere in publico durch Gemination facere *rei* in publico potestatem.

8) *L. 3. §. 13. L. 17. D. h. t.*

9) Lib. XV. Tit. 4. Constit. 2. nach FABROT. Tom. II. pag. 231.

Bedeutung unterscheidet man zwar eigentlich zwischen *exhibere* und *restituere*, wie Cajus lehrt *L.* 22. *D. de Verb. Signif.* wo er sagt: Plus est in *restitutione*, quam in *exhibitione*: nam — *restituere* est etiam possessorem facere, fructusque reddere: pleraque praeterea *Restitutionis* verbo continentur [10]). Allein die Römischen Rechtsgelehrten sind, wie Noodt [11]) sehr gründlich bemerkt hat, bey der Proprietät des Worts *Exhibere* nicht stehen geblieben, sondern haben demselben, nach dem Beyspiele des Worts *Restituere*, durch eine billige Auslegung des Edicts eine ausgedehntere Bedeutung beygelegt, welche Ulpian anführt, wenn er *L.* 9. §. 5. *D. h. t.* sagt:

Quantum autem ad hanc actionem attinet, *Exhibere* est, in eadem causa praestare, in qua fuit, cum iudicium acciperetur: ut quis copiam rei habens possit exequi, actione, quam destinavit, in nullo casu, quam intendit, laesa: quamvis non de restituendo, sed de exhibendo agatur.

Da die Lesart dieser an sich etwas dunkeln Stelle sehr verschieden ist [12]), so will ich zur Erläuterung zuvörderst den

10) Die Erklärung des Ausdrucks *Restituere* ist schon an einem andern Orte dieses Commentars vorgekommen. S. den 8. Th. §. 588.

11) Commentar ad Pand. h. t. §. *Quid, si quis. Operum* Tom. II. pag. 249.

12) Ich habe die Lesart des Taurellius beybehalten, mit welcher auch unser Codex Pandect. membran. übereinstimmt, ausgenommen, daß derselbe zuletzt statt *de exhibendo*, ad exhibendum lieset. Allein Haloander hat: *possit* ACTIONEM *exequi, quam destinavit, in nullo* CAUSA, *quam intendit, laesa.*

den Geist derselben aus den Basiliken [13]) darstellen, wo diese Stelle viel deutlicher und kürzer auf folgende Art ausgedrückt ist:

Παραχῆσαι ἐξιν ἐπὶ τῆς παρασατικῆς ἀγωγῆς, τὸ κατὰ μηδὲν χεῖρον τὸ πρᾶγμα γενόμενον, ἧπερ ἦν ἐν τῇ προκαταάξει

laesa. Bey Baudoza heißt es: *possit exequi actione,* QUOD *destinavit, in nullo* CAUSA, *quam intendit, laesa.* Lieset man mit der Florentine *in nullo casu*, so ist freylich das Nachfolgende: quam intendit, nicht ganz passend. Daher halten *Guil.* BUDAEUS in Annotation. in Pandectas (*Lutetiae 1556.*) pag. 121. *Hug.* DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XX. cap. 9. pag. 1181. und *Ger.* NOODT in Commentar. ad Pand. h. t. §. *Quid, si quis eandem* etc. Tom. II. *Operum* pag. 250. die florentinische Leseart für fehlerhaft, und lesen statt CASU vielmehr nach Haloander und Baudoza, CAUSA. *Io. Guil.* MARCKART Interpretation. receptar. iuris civ. Lectionum Lib. II. cap. 20. §. 1. pag. 296. schlägt hingegen eine doppelte Art der Emendation vor; 1) durch Versetzung der Worte, auf folgende Art: *actione, quam destinavit, et quam intendit, in nullo casu laesa*; 2) durch Aenderung der Worte: *quam intendit*, wofür er: QUEM *intendit*, lesen will. POTHIER in Pandect. Iustinian. h. t. Nr. XXV. pag. 325. erklärt endlich die Worte: *quam intendit*, in Beziehung auf actio, durch eine Parenthese. Seine Paraphrase von dieser Stelle not. d. geht dahin: Quamvis actor, schreibt er, egerit tantum *ad Exhibendum*, nondumque egerit directo iudicio, ut res sibi restituatur; tamen res exhiberi debet in eadem causa; id est, sic ut non laesa sit actio, quam intendere destinabat. Mihi igitur, qui rei vindicatione acturus eram, non videbitur res exhiberi, quae post acceptum *ad Exhibendum* iudicium, fuerit a possessore usucapta. Es ist wohl nicht zu läugnen, daß die Leseart des Baudoza den deutlichsten und richtigsten Sinn enthält.

13) Tom. II. Lib. XV. Tit. 4. Const. 9. §. 4. pag. 237.

ξει παρασῆσαι, ὥσε σχεῖν ἐυχερειαν τὸν ἐναγοντα κινῆσαι τὴν πρωτότυπον. i. e. *In actione ad exhibendum* EXHIBERE *est, rem in nihilo deteriorem, quam erat litis contestatae tempore, exhibere, ut actor directae ac principalis actionis exequendae facultatem habeat.*

Aus dieser Vergleichung ergiebt sich, daß *Exhibere*, in Beziehung auf die actio ad exhibendum, soviel heißt, als eine Sache in dem Zustande, worin sie sich bey der Einlassung auf die Klage befand, unverändert und unverschlimmert, nebst allem, was zu ihr gehört, darstellen, damit dem Kläger sein Recht, welches er an der Sache zu verfolgen, sich vorgesetzt hat, in keinem Stück (*in nullo*, d. i. nulla in re, nulla ex parte, nullo modo, wie es Donellus erklärt) verletzt werde. Diese Bedeutung des Worts erklärt sich noch deutlicher aus einer Stelle der Institutionen, nämlich §. 3. *I. de officio iudicis*, wo es heißt:

Si *ad exhibendum* actum fuerit, non sufficit, si exhibeat rem is, cum quo actum est; sed opus est, *ut etiam* REI CAUSAM *debeat exhibere*, id est, *ut eam causam habeat actor, quam habiturus esset, si, cum primum ad exhibendum egisset, exhibita res fuisset.* Ideoque si inter moras exhibendi usucapta sit res a possessore, nihilominus condemnabitur [14]). Praeterea fructuum medii temporis, id est, eius, quod post acceptum ad exhibendum iudicium, ante rem iudicatam interceſſerit, rationem habere debet iudex.

Was

14) THEOPHILUS in Paraphrasi graec. Institution. ad h. §. Tom. II. pag. 912. sq. der Reitzischen Ausgabe, setzt hier noch zur Erläuterung des Textes Folgendes hinzu: ὁ δυνάμενος λέγειν, ὅτι δεσ-

Was hier zur Erläuterung von der Usucapion gesagt wird, hat auch **Ulpian** bemerkt. Dieser sagt nämlich §. 6. der oben angeführten *L. 9. h. t.*

Proinde si post litem contestatam usucaptum exhibeat, non videtur exhibuisse: cum petitor intentionem suam perdiderit, et ideo absolvi eum non oportere, *nisi paratus sit, repetita die, intentionem suscipere: ita ut fructus secundum legem aestimentur.*

Es bezieht sich dies nämlich darauf, daß nach dem ältern Römischen Rechte die Usucapion durch die Litiscontestation nicht unterbrochen wurde, und daher auch noch während des Prozesses vollendet werden konnte[15]). Dem Besitzer half indessen dieses nichts, weil die Sache in dem Zustande exhibirt werden mußte, worin sie sich zur Zeit der angestellten Exhibitionsklage befand. Der Beklagte wurde also nicht anders von der Klage absolvirt, als wenn er bereit war, sich auf die actio in rem, um deren Willen ad exhibendum war geklagt worden, eben so einzulassen

δεσπότης γέγονα, διὰ τῆς ὀυσκαπίωνος, καὶ ὀυ δεῖ με καταδικασθῆναι, καὶ ἀποδοῦναι το γεγονὸς ἐμόν· ἐπειδὴ ἐν τῷ καιρῷ τῆς προκατάξεως τῆς ad exhibendum οὕπω ἦν περαιωθεῖσα ἡ ὀυσκαπιὼν, εἰ καὶ μεταξὺ παρολκῆς γενομένης ὁ χρόνος ἀυτῆς παρῆλθε. i. e. *nec dicere potest, per usucapionem dominus factus sum, nec me condemnari oportet, et, quod meum factum est, reddere: quoniam institutae ad exhibendum actionis tempore usucapio nondum erat consumata, etiamsi intra factam moram tempus eius exiit.*

15) *L. 18. et L. 20. D. de rei vindicat.* S. VINNII Commentar. ad §. 3. I. de officio iudic. und den 8. Th. dieses Commentars §. 588. Not. 46. S. 221.

sen, als wenn die Klage schon vor der Vollendung der Usucapion wäre angestellet worden, und also auch von der Zeit an die Früchte der Sache, als welche zur causa rei gehören, dem Kläger zu restituiren. So verstehen Donellus[16], Noodt[17] und Pothier[18], die Worte: *repetita die intentionem suscipere.* Doneau sagt: Sensus est: nisi possessor paratus sit suscipere intentionem sequentis actionis in rem ita, ut velit se teneri ea actione ad rem restituendam ex eo die, quo primum ad exhibendum actum est; ut sic et actionem amissam in se suscipiat, et restitutio retroversus ad diem actionis primum institutae referatur. Unde eveniat, ut et fructus in ea actione ex eadem repetita die aestimentur *secundum legem*, id est, secundum conventionem superiorem. So wie hier Doneau die letzten Worte: *secundum legem* versteht, hat sie auch Noodt erklärt: Sensus erit, sagt er: Nisi possessor dicat, se esse paratum, id est, actori promittat, suscipere eius intentionem, sive in rem actionem, quae alias secutura fuisset; eaque, etsi iam peremta usucapione, ad restitutionem teneri ex eo die, quo est actum ad exhibendum, perinde quasi usucapio nulla interveniisset. Quod si fiat, iam is erit exitus, ut et fructus ex repetita illa die praestentur *secundum legem*: id est, secundum promissionem illa conventione factam. Pothier[19] hingegen erklärt die Worte

16) Commentar. iuris civ. Lib. XX. cap. 9. pag. 1181.

17) Commentar. ad Dig. h. t. Tom. II. *Oper.* pag. 250.

18) Pandect. Iustin. h. t. Nr. XXV. Not. e. et f. pag. 325.

19) a. a. O. Not. g.

Worte *secundum legem* mit Cujaz [20]) secundum *legem duodecim tabularum*, quae *de duplis fructibus restituendis* cavebat. Es ist diese Verordnung der zwölf Tafelgesetze schon an einem andern Orte vorgekommen [21]). In dem neuern Römischen Rechte ist jedoch das alles abgeändert, was hier von der Strenge der Usucapion [22]) und der Früchte gesagt worden ist [23]).

3) Zuweilen hat *exhibere* mit *restituere* einerley Bedeutung, und heißt soviel als eine Sache herausgeben, die zufällig in den Besitz eines Andern gekommen ist, oder die ein Anderer widerrechtlich erhalten, oder mala fide an sich gebracht hat, und im Falle diese Restitution von dem Andern durch seine Schuld nicht geschiehet, das durch den Schätzungseid des Klägers zu bestimmende volle Interesse leisten. Hierher gehören folgende Stellen.

L. 5. §. 2. *D. h. t.* Idem *Iulianus* scribit, emtorem, qui ruta caesa non restituit, *ad exhibendum teneri*, in quantum *in litem iuravero*. Sed ibi adiicit, si emtor possideat, aut *dolo fecit*, *quominus possideat* [24]).

§. 3.

20) Observation. Lib. IX. cap. 19.

21) Siehe den 8. Theil dieses Commentars §. 591. S. 267. und Not. 81.

22) S. den 3. Th. dieses Commentars 2. Abth. §. 236. a. S. 394.

23) S. des 8. Th. 1. Abth. §. 591. S. 268.

24) In den *Basilic.* Tom. II. Lib. XV. Tit. 4. pag. 234. lauten die Worte dieser Stelle deutlicher so: Ὁ ἀγοραςὴς νεμοὸμενος τὰ ἀποσπωὸμενα δὲ τὰ τεμνοόμενα ἐκ τῶν ἀγρῶν, μὴ ἀποκαθιςῶν αὐτὰ, ἢ δόλῳ παυσάμενος τῆς νομῆς, ἐνάγεται τῇ παραςατικῇ ἀγωγῇ, καὶ ὑποόκειται τῷ ἐκδίκῳ ὅρκῳ.

i. e.

§. 3. Idem *Celſus* ſcribit, ſtercus, quod in aream meam congeſſiſti, *per ad exhibendum actionem* poſſe te conſequi, *ut tollas*: ſic tamen, *ut totum tollas*; caeterum alias non poſſe.

§. 4. Sed et ſi ratis delata ſit vi fluminis in agrum alterius, poſſe eum conveniri *ad exhibendum*, *Neratius* ſcribit.

§. 5. Sed et ſi de ruina aliquid in tuam aream vel in tuas aedes deciderit, teneberis *ad exhibendum*, licet non poſſideas.

L. 9. §. 1. *D. eod.* Glans ex arbore tua in fundum meum incidit, eam ego immiſſo pecore depaſco: qua actione poſſum teneri? *Pomponius* ſcribit, competere *actionem ad exhibendum*, ſi dolo pecus immiſi, ut glandem comederet. Nam et ſi glans extaret, nec patieris me tollere, *ad exhibendum teneberis*; quemadmodum ſi materiam meam delatam in agrum ſuum quis auferre non pateretur. Et placet nobis *Pomponii* ſententia, ſive glans extet, ſive conſumta ſit. Sed ſi extet, etiam *interdicto de glande legenda*, ut mihi tertio quoque die legendae glandis facultas eſſet, uti potero, ſi damni infecti cavero [25]).

§. 2.

i. e. *Emtor, qui ruta caeſa fundi poſſidet, nec ea reſtituit, vel qui dolo fecit, quominus poſſideat,* ad *exhibendum actione tenetur, et iuriiurando in litem ſubiicitur.* Was *ruta caeſa* ſind, iſt an einem andern Orte dieſes Commentars 2. Th. §. 173. S. 530. Not. 100. vorgekommen.

25) S. *Ulr.* HUBERI Eunom. Rom. Lib. X. pag. 441. ſqq.

§. 2. *I. Quib. alienare licet.* Sed si nummi, quos mutuo minor dederit, ab eo, qui accepit, bona fide consumti sunt, condici possunt; *si mala fide, ad exhibendum de his agi potest* [26]).

Was das *exhibere* sagen will, wenn die Sache durch des Beklagten Schuld nicht restituirt wird, erklärt

§. 3. *in fin. I. de officio iud.* condemnandus sit reus in id, *quod actoris intererat*, si ab initio res exhibita esset. Endlich

4) in dem Interdicto *de libero homine exhibendo* heißt *exhibere* soviel, als einen freyen Menschen, welcher von Jemanden auf eine widerrechtliche Art wider seinen Willen zurückgehalten wird, loslassen, und auf freyen Fuß stellen. Ulpian sagt *L.* 3. §. 8. *D. de hom. lib. exhib. Exhibere* proprie est, extra secretum habere.

Die Exhibition eines Gegenstandes kann nun auf einem zweyfachen rechtlichen Wege verlangt werden, nämlich bald mittelst einer petitorischen Klage, (iure actionis), bald mittelst eines Interdicts, (iure interdicti). [27]) In jenem Falle heißt die Klage, *actio ad exhibendum.* Diese setzt voraus, daß dem Kläger daran gelegen sey, eine Sache, wegen eines ihm daran zustehenden dinglichen oder persönlichen Rechts, zu haben. Das Interesse des Klägers muß also hier ein *interesse pecuniarium* seyn. Cajus sagt ausdrücklich *L.* 13. *D. h. t.*

Haec actio ei creditur competere, cuius *pecuniariter* interest.

Die

26) Add. *L. 11. §. ult. D. de reb. credit.*

27) S. *Io.* GODDAEI Commentar. repetitae praelect. in Tit. 16. libri L. Pand. de Verb. Signif. ad L. 22. h. t. nr. 8. pag. 328.

Die Florentine lieset zwar *peculiariter*. Allein mit Recht giebt Cujaz jener Lesart den Vorzug vor der florentinischen, dem auch Noodt[28]), Huber[29]) und Pothier[30]) hierin beypflichten. Denn, außer der Florentine und Haloandrine, haben nach Brenkmanns Anmerkung in dem Gebauerschen Corpore iuris Rom. alle übrige Ausgaben *pecuniariter*. Eben so lieset der Erlanger Pandecten-Codex. Diese Lesart stimmt auch mit dem ganzen Zusammenhange besser überein. Denn es ist vorher die Rede davon, daß die Klage ad exhibendum nicht Statt finde, wenn ein freyer Mensch von Jemand arglistig detinirt wird. Ein Interesse kann immerhin hier eintreten, diesen Menschen auf freyen Fuß gestellt zu sehen. Allein ein interesse pecuniarium ist es wenigstens nie. Endlich bestärken diese Lesart auch die Basiliken[31]). In diesen heißt es: ἡ γὰρ αποπαταξατικὴ ἀγωγὴ ἀιρμόζει ᾧ τινι χρηματικῶς διαφέρει. i. e. *Nam actio ad exhibendum competit ei, cuius pecuniariter interest.* Was Cocceji[32]), welcher die florentinische Lesart in Schutz nimmt, dagegen eingewendet hat, ist sehr unbedeutend. Denn in allen den Fällen, die er anführt, ist zwar freylich ein interesse pecuniarium vorhanden; der Grund aber, warum dennoch

28) Commentar. ad Dig. h. t. §. Sequens tractatus. T. II. *Operum* pag. 245.

29) Praelection. iuris Rom. P. II. h. t. §. 2. pag. 413. (edit. *Franequer. 1689. 4.*)

30) Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. VII. not. m. pag. 322.

31) Tom. II. Lib. XV. Tit. 4. pag. 239. nach Fabrot.

32) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 2.

dennoch die *actio ad exhibendum* nicht gestattet wird, ist blos der, weil hier der Kläger keinen Anspruch an der Sache selbst hatte, an deren Exhibition ihm gelegen ist. In solchen Fällen findet nur ein Interdict Statt: z. B. das *Interdictum de libero homine exhibendo*, um die Freyheit eines Menschen in einem solchen Falle zu schützen, wo jedem Bürger daran gelegen seyn mußte, daß der in seiner Freyheit Beeinträchtigte loßgelassen wurde. Ferner das *Interdictum de tabulis exhibendis*, welches den Legatarien, und allen denen zukommt, welchen, außer dem Erben, daran gelegen ist, das Testament einzusehen. Diese können darum nicht ad exhibendum klagen, weil sie an dem Testament selbst keinen Anspruch haben, dessen Eigenthum vielmehr dem Erben zusteht [33]). Daher kann nur dieser ad exhibendum klagen [34]); so wie der Testirer, so lange er lebte. Bey diesen findet dagegen das Interdict nicht Statt [35]). Ist von andern Urkunden und Schriften die Rede,

33) *L. 3. §. 8. D. h. t.* Si quis, extra heredem, tabulas testamenti, vel codicillos, vel quid aliud ad testamentum pertinens exhiberi velit, dicendum est, *per hanc actionem agendum non esse:* cum sufficiunt sibi *interdicta in hanc rem competentia.*

34) *L. 3. D. Testam. quemadm. aperiant.* Ipsi tamen heredi vindicatio tabularum, sicut ceterarum hereditariarum rerum, competit: et ob id *ad exhibendum quoque agere potest.* —

35) *L. 3. §. 5. D. de tabb. exhib.* Si ipse testator, dum vivit, tabulas suas esse dicat, et exhiberi desideret: Interdictum hoc locum non habebit; sed *ad exhibendum* erit agendum, ut exhibitas vindicet. Quod in omnibus, qui corpora sua esse dicunt instrumentorum, probandum est. S. Westphals syst. Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröfnung der Testamente. §. 26. ff.

Rede, welche man nach der Strenge des Rechts nicht vindiciren kann, allein Gründe der Billigkeit ſtreiten dennoch für das Geſuch der Exhibition, ſo hat die *actio in factum* Statt[36]). Hierher gehört, was Ulpian *L.* 3. §. 14. *D. h. t.* ſagt:

Interdum aequitas exhibitionis efficit, ut quamvis *ad exhibendum* agi non poſſit, *in factum* tamen *actio* detur, ut *Iulianus* tractat. Servus, inquit, uxoris meae rationes meas conſcripſit: hae rationes a te poſſidentur: deſidero eas exhibere. Ait *Iulianus*, ſi quidem mea charta ſcriptae ſint, locum eſſe huic actioni, quia et vindicare eas poſſum. Nam cum charta mea ſit, et, quod ſcriptum eſt, meum eſt. *Sed ſi charta mea non fuit, quia vindicare non poſſum, nec ad exhibendum experiri. In factum igitur mihi actionem competere.*

Die *actio ad exhibendum* iſt nun ihrer Natur nach bald eine blos präparatoriſche, bald eine Hauptklage.

I. Als vorbereitende Klage iſt ſie dazu eingeführt, um eine gewiſſe andere Hauptklage dadurch zu begründen, welche entweder anders gar nicht Statt hat, oder wenigſtens nicht ſicher und mit Nutzen angeſtellt werden kann, als wenn zuvor eine gewiſſe Sache dem Kläger vorgezeigt worden iſt. Urſprünglich wurde dieſe Klage zwar nur hauptſächlich zur Vorbereitung und Erleichterung

36) S. *Hieron.* ELENI Diatribar. ſeu Exercitation. ad ius civile Lib. II. cap. 8. (In *Ev.* OTTONIS *Theſ. iuris Rom.* Tom. II. pag. 1429.)

der Eigenthumsklage eingeführt, wie aus *L.* 1. *D. h. t.* erhellet, wo Ulpian ſagt: Haec actio perquam neceſſaria, et vis eius in uſu quotidiano eſt: et maxime *propter vindicationes* inducta eſt. [37]). Allein ſie wurde nachher aus Gründen des Nutzens und der Nothwendigkeit dergeſtalt erweitert, daß dieſe Klage jetzt angeſtellt werden kann, ſo oft Jemand dabey intereſſirt iſt, eine Sache zu ſehen, welche ihm der Inhaber vorzeigen kann, um ein, ihm daran zuſtehendes dingliches, oder perſönliches Recht verfolgen zu können [38]). Daher können zuweilen auch mehrere zugleich der nämlichen Sache wegen ad exhibendum klagen, denen aus ganz verſchiedenen Gründen daran gelegen iſt, die Sache zu ſehen [39]).

Als vorbereitende Klage hat die actio ad exhibendum hauptſächlich einen zweyfachen Gebrauch. Sie dient

1) dazu,

37) Schon die alte Vindicationsformel machte ehemals die Darſtellung der Sache vor Gericht nothwendig. Der Kläger ſagte: *Hanc rem ex iure Quiritium meam eſſe aio.* Die Sache konnte alſo nicht vindicirt werden, wenn ſie nicht gegenwärtig war. *L. 47. D. de rei vindic. Ant.* FABER in Rational. in Pand. ad h. L. 1. h. t. und *Ios.* AVERANIUS Interpretation. iuris Lib. I. cap. 15. nr. 10. ſqq.

38) S. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 3. not. s. und THIBAUT Syſt. des P. R. 2. Bd. §. 578.

39) *L. 3. §. 12. D. h. t.* Pomponius ſcribit, eiusdem hominis nomine recte plures ad exhibendum agere poſſe: forte, ſi homo primi ſit; ſecundi in eo uſusfructus ſit; tertius poſſeſſionem ſuam contendat; quartus pigneratum ſibi eum adfirmet. Omnibus igitur ad exhibendum actio competit: quia omnium intereſt, exhiberi hominem.

1) dazu, um eine Klage anstellen zu können, die man einer gewissen Sache wegen zwar schon jetzt hat, welche aber doch anders nicht sicher angestellet werden kann, als wenn uns zuvor die Sache vorgezeigt worden ist. Dies hat besonders in zwey Fällen Statt.

a) Wenn es ungewiß ist, ob eine gewisse Sache, welche der Gegner besitzt, wirklich diejenige sey, die wir zu verfolgen berechtiget sind [40]).

b) Wenn uns daran gelegen ist, die Beschaffenheit der Sache, ihren Zustand, und ihre Größe kennen zu lernen, welche sie zur Zeit der angestellten Klage hat; weil nun während des Prozesses die Sache nicht durch des Beklagten Schuld deteriort, noch etwas davon genommen werden kann, weshalb nicht nachher Ersatz gefordert werden könnte [41]).

Die Klagen, zu deren Vorbereitung die Exhibition einer Sache verlangt werden kann, sind von dreyerley Art, welche in den Gesetzen dieses Titels angegeben werden.

aa) Realklagen. Nicht blos die Reivindication. Nein. Ulpian sagt ausdrücklich *L.* 3. §. 1. *D. h. t.* Qui ad exhibendum agit, non utique *dominum* se dicit, nec debet ostendere: cum multae sint causae ad exhibendum agendi. Alle übrige Realklagen können ebenfalls der actioni ad exhibendum Raum geben. Daher fährt Ulpian *L.* 3. §. 5. *D. h. t.* fort; Haec actio ei competit, qui in rem acturus est, *qualicunque in rem actione:* etiam

40) S. HUBERI Praelection. iuris Rom. P. II. h. t. §. 3.

41) DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XX. cap. 9. pag. 1177.

pigneratitia Serviana[42]), sive *hypothecaria*[43]), quae creditoribus competunt. Und §. 4. heißt es weiter: Sed et *usumfructum petituro*, competere *ad exhibendum*, *Pomponius* ait. Hieraus erklärt sich nun auch, wie es möglich sey, daß mehrere, welchen eine verschiedene Realklage der nämlichen Sache wegen zusteht, zu gleicher Zeit ad exhibendum klagen können. Z. B. der eine kann das Eigenthum, der andere den ususfructus, der dritte ein Pfandrecht an der Sache haben[44]). Es kommt auch darauf nicht an, ob derjenige, welcher ad exhibendum klagt, die Hauptklage, welche dadurch vorbereitet wird, im eigenen Namen, oder nur als Procurator anstellen kann. Denn der zur Anstellung der Reivindication bevollmächtigte Procurator kann auch ad exhibendum klagen, wenn gleich seine Vollmacht davon nichts enthält[45]).

bb) Interdicte, sofern zu deren Verfolgung eben so, wie bey den Vindicationen, die Darstellung der Sache nöthig ist, damit nicht die Sache, wenn man sich solche hat vorzeigen lassen, nachher ungestraft deteriorirt oder vermindert werden könne, welches bey denjenigen Interdicten der Fall ist, die eben so, wie Realklagen, auf Restitution des Besitzes gehen. Dergleichen sind die Interdicte Quod legatorum,

42) i. e. ea in rem actione, quae datur de pignore tradito. S. *Ian. a* COSTA Commentar. ad §. 7. I. de actionib. pag. 526.

43) i. e. quae datur de pignore, nuda conventione constituto. S. *a* COSTA. c. l.

44) *L. 3. §. 12. D. h. t.*

45) *L. 56. D. de Procurator.* Ad rem mobilem petendam datus procurator, ad exhibendum recte aget.

gatorum, Unde vi, nämlich wegen der in dem mit Gewalt in Besitz genommenen Grundstück befindlich gewesenen beweglichen Sachen, ferner de precario, und de glande legenda[46]). Keinesweges aber gehören dahin die interdicta de libero homine exhibendo, de liberis exhibendis, und de tabulis exhibendis. Denn das erstere ist nur zur Beschützung der Freyheit eingeführt, und hat also kein interesse pecuniarium zum Grunde[47]). Das andere hat die Erhaltung der Freyheit der Kinder, und der väterlichen Gewalt zum Zweck; nun ist beydes, die Freyheit und die väterliche Gewalt unschätzbar[48]). Das letztere Interdict hingegen geht ja schon auf Vorlegung des Testaments, um daraus zu ersehen, was dem Imploranten zu wissen nöthig ist[49]). Es wäre also der größte Unsinn, auf Vorlegung des Testaments zu klagen, um ein Interdict wegen Vorlegung des Testaments anstellen zu können[50]).

cc) Noxalklagen, wenn nämlich der Kläger, der wegen des Delicts eines fremden Sklavens gegen den Herrn desselben klagen wollte, den Sklaven, welcher den Schaden gethan hatte, nicht mit Namen anzugeben wußte, noch denselben auf andere Art genugsam zu bezeichnen im Stande war, weil er ihn vorher noch nicht gekannt hatte.

46) *L. 9. §. 1. D. h. t.* DONELLUS in Comm. iuris civ. Lib. XX. cap. 9. pag. 1177.

47) *L. 13. D. h. t. L. 1. D. de lib. hom. exhib.*

48) *L. 106. D. de Reg. iur.*

49) *L. 3. §. 8. D. de tab. exhib.*

50)) DONELLUS c. l. pag. 1177.

Hier konnte der Kläger verlangen, daß ihm der Beklagte die ganze Sklaven-Familie vorstelle, um den Sklaven, der den Schaden gethan hatte, darunter auszusuchen, und sagen zu können, dieser sey es, welcher den Schaden angerichtet hat [51]).

2) Die *actio ad exhibendum* kann auch dazu dienen, um durch die Exhibition der Sache in Ansehung derselben eine Klage zu erhalten, die man vorher nicht hatte, und die man auch ohne Exhibition sonst nicht haben würde. Es lassen sich hier zwey Fälle gedenken.

a) Wenn unsere Sache mit der Sache des Gegners dergestalt verbunden worden ist, daß sie einen Theil derselben ausmacht. Hier hört die Sache, so lange sie mit der fremden Hauptsache cohärirt, auf, unser Eigenthum zu seyn [52]). Man kann sie wenigstens nicht vindiciren, so lange sie von der Hauptsache nicht getrennt ist. Die *actio ad exhibendum* dient also hier dazu, die Trennung einer zu vindicirenden Sache zu bewirken. Nur in dem Falle wird diese Klage nicht gestattet, da Jemand unsere Baumaterialien zu seinen mit dem Boden zusammenhängenden Gebäuden gebraucht hat, und sich deshalb in gutem Glauben befindet. Paulus sagt *L.* 6. *D. h. t.* Gemma inclusa auro alieno, vel sigillum candelabro vindicari non potest: sed, *ut excludatur*, ad exhibendum agi potest. Aliter atque *in tigno iuncto aedibus*: de quo *nec ad exhibendum agi potest*, quia Lex duodecim tabularum solvi vetaret:

1) *L. 53. §. 7. D. h. t.*

52) S. *Gerh.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. Tom. II. *Operum* pag. 246.

vetaret: *sed actione de tigno iuncto ex eadem Lege in duplum agitur.* Ist hingegen der Erbauer in mala fide, so hat sowohl die Reivindication, als die actio ad exhibendum gegen ihn Statt; zwar nicht dahin, daß er, als wahrer Besitzer, zur Herausgabe des Materials verurtheilt werden könnte: *ne urbs ruinis deformetur*; sondern er haftet mit jenen Klagen gleichsam als ein solcher, welcher sich arglistig des Besitzes entäußert hat, um sich der Vindication zu entziehen, für das volle, durch den Eid des Klägers zu würdernde Interesse. Hierauf bezieht sich, was Ulpian sagt *L.* 1. *et* 2. *D. de tigno iuncto.*

L. 1. Lex XII. Tabularum *neque solvere permittit tignum furtivum aedibus vel vineis iunctum, neque vindicare*: quod providenter Lex effecit: ne vel aedificia sub hoc praetextu diruantur, vel vinearum cultura turbetur; sed in eum, qui convictus est iunxisse, in duplum dat actionem.

§. 1. *Tigni* autem appellatione continetur omnis materia, ex qua aedificium constet, vineaeque necessaria. Unde quidam aiunt, tegulam quoque, et lapidem, et testam, caeteraque, si quae aedificiis sunt utilia: *tigna* enim a tegendo dicta sunt; hoc amplius et calcem et arenam *tignorum* appellatione contineri. Sed et in vineis *tigni* appellatione omnia vineis necessaria continentur, utputa perticae, pedamenta.

§. 2. Sed et *ad exhibendum danda est actio.* Nec enim parci oportet ei, *qui sciens alienam rem aedificio inclusit, vinxitve*: non enim sic eum convenimus, quasi possidentem, sed ita, *quasi dolo malo fecerit, quominus possideat.*

L. 2.

L. 2. cit. Sed si proponas tigni furtivi nomine aedibus iuncti actum! deliberari poterit, *an extrinsecus sit rei vindicatio*[53]? Et *esse non dubito.*

b) Wenn mir von einer gewissen Gattung von Sachen, von welcher mehrere Individuen in der Erbschaft befindlich sind, eine, welche ich mir wählen werde, vermacht worden ist. Hier ist die Exhibition nöthig, um wählen zu können. Denn ich kann nicht eher auf Auslieferung des Vermächtnisses klagen, als wenn ich gewählt habe. Ulpian sagt von diesem Falle *L.* 3. §. 6. *D. h. t.*

Item, si optare velim servum, vel quam aliam rem, *cuius optio mihi relicta est*, ad exhibendum me agere posse constat, ut *exhibitis*[54] possim vindicare.

Sollte

53) Das *extrinsecus* heißt hier soviel als *praeter et ultra actionem de tigno iuncto.* Ohne allen Grund ist daher die Emendation des Wesenbecs, welcher in seinem Commentar. ad §. 29. I. de rer. divis. für extrinsecus, *extincta* gelesen wissen will, wodurch offenbar ein ganz unrichtiger Sinn in den Text gebracht wird. S. POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. III. Lib. XLVII. Tit. 3. Nr. I. et not. b. pag. 414. *Bern. Io. van* HARSCAMP Disputat. de tigno iuncto. *Trajecti ad Rhen. 1730.* Cap. 5. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. novo Dissertat. iurid Belgicar.* Vol. II. Tom. I. Nr. VIII. pag. 443. sq.) und *Greg.* MAJANSII Disputationes iuris civ. Tom. II. Disputat. XLVIII. §. 9. sqq. pag. 204. sqq.

54) Haloander hat hier *exhibitum.* Allein diese Leseart ist offenbar falsch. Denn der Erbe darf bey einer optio legata nicht vorzeigen, was er will, sondern er muß alle zu dem legirten genus gehörige, und in der Erbschaft befindliche Sachen vorzeigen. *L. 4. et 5. D. de optione legata.* Die florentinische

Leseart

Sollte mir aber auch der Testirer die Wahl nicht selbst, sondern einem Dritten überlassen haben; so kann ich doch gegen den Erben ad exhibendum klagen, wie Ulpian nach Julians Meinung behauptet, wenn er sagt *L.* 3. §. 10. *D. h. t.*

Plus dicit *Iulianus*, etsi vindicationem non habeam, interim posse me agere ad exhibendum, quia mea interest exhiberi: utputa, si mihi servus legatus sit, *quem Titius optasset*: agam enim *ad exhibendum*, quia mea interest exhiberi[55]); ut Titius optet, et sic vindicem; quamvis exhibitum ego optare non possim.

II. Zuweilen kann die *actio ad exhibendum* als eine eigene Hauptklage gebraucht werden, wo durch sie keine andere Klage vorbereitet wird, sondern geradezu die Herausgabe einer gewissen Sache, oder Leistung des Interesse verlangt werden kann[56]). Dies geschieht in folgenden zwey Fällen.

1) Wenn

Leseart kann beybehalten werden, wenn man sie nur durch Hülfe einer Gemination ergänzt; man lese nun entweder mit *Herm.* CANNEGIETER Observation. iuris Rom. Lib. I. cap. 18. pag. 117. *exhibitis iis*; oder mit *Guil.* BEST Ratio emendandi Leges. Cap. XII. §. 1. pag. 194. (edit. *Lips. 1745.* 8.) *ex exhibitis.*

55) Die Worte: *quia mea interest exhiberi*, welche in der Florentinischen, und allen übrigen Ausgaben der Pandecten, die ich darüber verglichen habe, stehen, und auch in unserm Erlanger Pandecten Codex befindlich sind, fehlen in der Haloandrine, wie auch in dem Gebauerschen Corp. iuris bemerkt worden ist.

56) S. *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. iuxta seriem Digestor. Dec. XXX. Th. 10.

1) Wenn eine gewisse Sache des Klägers zufällig in den Besitz des Beklagten gekommen ist, welche der Inhaber nicht als Eigenthum in Anspruch nimmt. Hier kann der Eigenthümer, ohne Umwege, durch die *actio ad exhibendum* zu dem Besitz seiner Sache gelangen, wenn nämlich deren Herausgabe auch durch kein Interdict von dem Inhaber erzwungen werden konnte [57]). Z. E. durch Ueberschwemmung sind Sachen von meinem Grundstück auf eines Andern Grundstück gekommen [58]).

2) Wenn es durch den dolus oder durch die Culpa meines Gegners geschehen ist, daß die Sache nicht herausgegeben werden kann, an welcher mir ein gewisses Recht zusteht. Z. B. der Beklagte hat die Sache gänzlich corrumpirt, oder sie arglistig aus seinem Besitz geschafft, oder mir sonst die Rechtsverfolgung unmöglich gemacht. Hier kann die *actio ad exhibendum*, in Ermangelung anderer Rechtsmittel, gebraucht, und auf Leistung des durch den Eid des Klägers auszumittelnden vollen Interesse gerichtet werden [59]).

Aus dem allen ergiebt sich nun folgender allgemeiner Begriff von der *actio ad exhibendum*. Sie ist diejenige persönliche Klage, welche auf Exhibition einer gewissen beweglichen Sache wider jeden Besitzer derselben, oder wer sonst im rechtlichen Sinn dafür gilt, von demjenigen angestellet wird, dem wegen eines dinglichen oder persönlichen

57) THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 578. S. 22.

58) *L. 5. §. 3. 4. et 5. D. h. t. L. 9. §. 1. D. eodem.*

59) *L. 5. §. 2. L. 9. pr. §. 1. et 3. L. 14. D. h. t. §. 2. I. Quib. alien. licet. L. 11. §. 2. in fin. D. de reb. credit. L. 5. Cod. h. t.*

chen Rechts daran gelegen ist, daß ihm die Sache vorgezeigt, oder sogleich mit allem, was dazu gehört, herausgegeben, oder, sofern solches durch des Beklagten Schuld nicht geschiehet, oder nicht mehr geschehen kann, das Interesse geleistet werde.

Daß die actio ad exhibendum eine Personalklage sey, sagt Ulpian[60]) ausdrücklich. Gleichwohl behauptet Donellus[61]) gerade das Gegentheil, und hält die Klage für eine dingliche. Allein dieses Paradoxum hat schon Wissenbach[62]) hinlänglich widerlegt. Zwar hat die Klage gegen jeden dritten Besitzer Statt; allein dies hat sie mit mehreren persönlichen Klagen gemein, welche deswegen actiones in rem scriptae genennt werden. Darum entspringt sie so wenig, als die actio quod metus causa, oder die actio de pauperie, aus einem dinglichen Rechte. Wie sollte auch diese Klage eine Realklage seyn können, welche nicht einmal nothwendig erfordert, daß man ein dingliches Recht an der Sache habe, deren Exhibition man verlangt[63]), sondern auch schon wegen eines persönlichen Rechts begründet ist[64])? Daß die actio ad exhibendum aus keiner obligatio entstehen soll, ist ganz falsch. Freylich entspringt sie aus keinem Delict, noch Quasidelict. Denn es bedarf kaum einer Widerlegung, wenn Bu-

sius

60) *L. 3. §. 3. D. h. t.* Add. *§. 31. I. de actionib.*

61) Commentar. iuris civ. Lib. XX. cap. 9.

62) Commentation. cathedrar. in Libr. VII. priores Cod. ad L. 1. C. ad exhib. pag. 207.

63) *L. 3. §. 1. D. h. t.*

64) *L. 3. §. 7. D. eod. L. 12. §. 2. D. eod.*

sius [65]) ein factum suppressionis rei, quae exhiberi postulatur, als das Fundament derselben angiebt. Eben so wenig läßt sich diese Klage mit Noodt [66]) und Meier [67]) aus einem Quasi-Contract herleiten. Denn eine obligatio, welche weder aus einem Delict noch Contract entspringt, ist darum noch nicht zu denen zu rechnen, welche quasi ex contractu entstehen, zumal da hier der Besitzer sich durch kein Factum zur Exhibition verbindlich gemacht hat. Richtiger setzen Struv [68]), Huber [69]) und Westenberg [70]) den Grund der Klage in einer unmittelbaren, aus einer gesetzlich anerkannten Billigkeit entspringenden obligatio. Daher die *aequitas* und *necessitas exhibitionis*, von welcher die Gesetze hin und wieder sprechen [71]). Also eine obligatio, welche das Fundament der Personalklage ausmacht, ist allerdings vorhanden. Wie konnte denn nun aber **Doneau** dem großen **Ulpian** so geradezu ins Gesicht widersprechen, welcher so bestimmt sagt: *Est autem personalis haec actio* [72]) ? Sonderbar genug klingt seine Antwort: *actio personalis* heiße hier eine subjectiv persönliche Klage, *quae personae cohaeret*, in dem Sinn, wie man sagt, servitus personalis, privilegium personale. Denn die Klage gehe nicht auf die Erben.

Qua

65) Comm. ad L. 3. D. h. t.

66) Commentar. ad Dig. h. t. pag. 244.

67) Colleg. Argentorat. Tom. I. h. t. §. 3.

68) Syntagm. iuris civ. Exercit. XV. Th. 30.

69) Praelect. iuris Rom. P. II. h. t. §. 1.

70) Dissertat. VII. de causis obligation. Cap. III. §. 14. et 15.

71) *L. 3. §. 14. D. L. 7. C. h. t.*

72) *L. 3. §. 3. D. h. t.*

Qua responsione, sagt Wissenbach, *nihil est ineptius*! und dabey mag es denn auch, statt einer weitern Widerlegung, sein Bewenden haben [73]). Man muß sich daher wirklich wundern, wie Bachow [74]) und Gudelinus [75]) dem Doneau haben beypflichten mögen?

Ob die actio ad exhibendum eine prätorische, oder Civilklage sey, ist ebenfalls streitig. Hellfeld hält sie für eine prätorische Klage. Eben so Hofacker [76]). Allein Lauterbach [77]), Westenberg [78]), und die meisten Rechtsgelehrten halten sie für eine Civilklage, weil sie vorzüglich, wie Ulpian [79]) sagt, propter vindicationes eingeführt worden ist. Anton Faber [80]) hingegen unterscheidet, ob sie wegen einer Civilklage, z. E. wegen der Reivindication, actio furti, u. d. oder ob sie wegen einer prätorischen Klage, z. B. wegen der actio hypothecaria angestellt wird. In jenem Falle sey die actio ad exhibendum eine Civilklage, in diesem aber eine prätorische. Gerade so wie die Noxalklagen nach Verschiedenheit der Hauptklagen, von denen sie eine adjectitia qualitas ausmachen,

bald

73) Man sehe noch COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 1. und EMMINGHAUS ad Eundem. not. n.

74) Tractat. de actionibus. Diff. II. Th. 24.

75) Commentarior. de iure noviſſimo Lib. III. cap. 13. §. *De actione ad exhibendum*. pag. 158.

76) Princip. iuris civ. Tom. III. §. 4006.

77) Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 2.

78) De cauſis obligation. Diſſertat. VII. Cap. 3. §. 2.

79) *L. 1. D. h. t.*

80) De Errorib. Pragmaticor. Decad. XCII. Err. 5.

bald civiles, bald praetoriae sind [81]). Diese Meinung ist auch wohl die sicherste.

Noch ist zu bemerken, daß die Exhibition zuweilen im Prozeß nur einen Incidentpunct ausmacht, ohne daß die Klage ad exhibendum dazu erforderlich ist. Der Fall kann bey der Beweisantretung vorkommen, wenn dem Producenten daran gelegen ist, daß der streitige Gegenstand den Zeugen vorgewiesen werde. Hier kann in dem Präsentationsschreiben, mit welchem der Producent die Beweisartikel übergiebt, die Exhibition verlangt werden [82]).

§. 742.

Wem steht die actio ad exhibendum zu?

Auf Exhibition kann nun also ein jeder klagen, dem wegen eines dinglichen oder persönlichen Rechts daran gelegen ist, daß ihm eine gewisse Sache vorgezeigt, oder herausgegeben werde. Nicht jedes Interesse des Klägers ist also zur Begründung dieser Klage hinreichend, sondern man merke Folgendes.

I. Nur der hat ein gegründetes Recht auf Exhibition zu klagen, der eine wahrscheinliche und gerechte Ursache zur Anstellung einer Klage hat, welche ihm entweder in Ansehung der vorzuzeigenden Sache schon wirklich zusteht, oder die er durch die Exhibition zu erhalten hoffen kann. Wem also in Ansehung der Sache, deren Exhibition er verlangt, gar keine Klage zusteht, der kann nicht ad exhibendum

81) §. 4. I. *de noxalib. actionib.*

82) S. *Io. Tob.* CARRACH Adnotation. ad *Boehmerum* de actionib. pag. 111. Nr. IV.

dum klagen, wenn ihm auch noch so sehr daran gelegen wäre, daß ihm die Sache herausgegeben würde [83]). Z. B. der Dieb oder Räuber, wenn er den Besitz der gestohlnen oder geraubten Sache verlohren hat; nicht minder derjenige, welcher selbst ad exhibendum war belangt worden, wenn er während des Prozesses durch seine Schuld die Sache zu besitzen aufgehört hat; desgleichen derjenige, welcher von seinem Gegner die Vorlegung seiner Privatrechnungen verlangt, um eine Klage damit zu begründen; oder auch ein Studirender, wenn ihm daran gelegen wäre, ein gewisses Buch zu lesen, was ein Anderer besitzt, um seine wissenschaftlichen Kenntnisse dadurch zu bereichern. In allen diesen Fällen findet die actio ad exhibendum nicht Statt, wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

L. 3. §. 11. *D. h. t.* Si mecum fuerit actum ad exhibendum, ego ob hoc, quod conventus sum ad exhibendum actione, *agere ad exhibendum non possum: quamvis videatur interesse mea ob hoc, quod teneor ad restituendum.* Sed hoc non sufficit, alioquin et qui dolo fecit, quominus possideret, poterit ad exhibendum agere, *cum neque vindicaturus, neque interdicturus sit:* et fur vel raptor poterit: quod nequaquam verum est. Elegantur igitur definit *Neratius*, iudicem ad exhibendum hactenus cognoscere, *an iustam et probabilem causam habeat actionis* [84]); *propter quam exhiberi sibi desideret.*

L. 19.

83) S. *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 246. §. *Apparet igitur.*

84) Das Wort *actionis* fehlt bey Haloander; allein mit der Florentine stimmen fast alle Ausgaben überein. Nur Baudoza lieset: *habeat actor actionis.*

L. 19. *D. eodem.* Ad exhibendum possunt agere omnes, quorum interest. Sed quidam consuluit, an possit efficere haec actio, ut rationes adversarii sibi exhiberentur, quas exhiberi magni eius interesset? Respondit, non oportere ius civile calumniari, neque verba captari, sed, qua mente quid diceretur, animadvertere convenire. Nam illa ratione etiam studiosum alicuius doctrinae posse dicere, sua interesse, illos aut illos libros sibi exhiberi: quia, si essent exhibiti, cum eos legisset, doctior et melior futurus esset.

Zwar nehmen die Gesetze [85]) einen Fall aus, wo derjenige, welcher weder gegenwärtig wegen der Sache, deren Exhibition er verlangt, eine Hauptklage hat, noch dergleichen aus der Exhibition erwarten darf, dennoch auf Exhibition mit Wirkung klagen kann. Nämlich wenn Jemand mit meinem Willen meine Rechnungen auf fremdes Papier geschrieben hat. Hier kann ich eigentlich nach dem strengen Recht weder vindiciren, noch ad exhibendum klagen. Allein die Billigkeit erfordert dennoch in diesem Falle, daß mir eine Klage gestattet werde. Julian nennt sie jedoch nicht actio ad exhibendum, sondern *actio in factum*, Ulpian stimmt ihm bey. Allein Voodt [86]) und Doneau [87]) behaupten, diese Klage sey keine andere, als eine *actio ad exhibendum utilis*. Anton Faber [88]) hingegen läugnet

85) *L. 3. §. 14. D. h. t.*

86) Commentar. ad Dig. h. t. §. *Est autem casus.* pag. 246.

87) Commentar. iuris civ. Lib. XX. cap. 9. pag. 1178.

88) De errorib. Pragmaticor. Decad. XCII. Err. 5. Man sehe auch *Iust.* MEIERI Colleg. argentorat. Tom. I. h. t. §. 11. pag. 674.

läugnet schlechterdings, daß es eine actio ad exhibendum utilis gebe, und er hat den Ausspruch des Paulus für sich, welcher *L.* 16. *in fin. D h. t.* ausdrücklich sagt: *Ad exhibendum autem utilis nulla constituenda est.*

Zuweilen kann eine Sache für uns an sich keinen Nutzen mehr haben, und doch kann uns an deren Auslieferung gelegen seyn, weil wir sie einem Andern, von dem wir sie erhalten haben, zurückgeben müssen. Hier kann man ad exhibendum klagen, weil man doch an der Sache selbst einen gegründeten Anspruch hat. Ulpian hat hiervon *L.* 18. *D. h. t.* folgenden Fall.

Solutione chirographo inani facto, et pignoribus liberatis, nihilominus creditor, ut instrumenta ad eum contractum pertinentia ab alio, quam debitore, exhibeantur, agere potest.

Die Schuld war also bezahlt, und die Frage war, ob wegen des Schuldscheins, der nun dem Gläubiger an sich nichts mehr nützte, gegen den Inhaber die actio ad exhibendum Statt habe. Ulpian gedenkt sich zwey Fälle.

1) Das Document befindet sich in den Händen des Schuldners. Hier versteht sich's, daß der Gläubiger nicht ad exhibendum klagen kann. Denn der Schuldner könnte ja selbst auf Zurückgabe des Schuldscheins mit der condictio sine causa gegen den Gläubiger klagen, wenn er das Document noch nicht zurück erhalten hätte, um so mehr kann er sich mit einer Exception gegen ihn schützen.

2) Ein Dritter hat den Schuldschein in Händen. Hier kann der Gläubiger ad exhibendum klagen. Denn ihm ist daran gelegen das Document zu haben, um es dem

Schuldner zurückgeben zu können. Dem Gläubiger steht daher wegen des Documents nicht nur rei vindicatio, sondern zuweilen auch actio furti zu [89]). Dies ist der wahre Sinn dieser Stelle, welchen Cujaz [90]) durch eine ohne alle Noth unternommene, Aenderung ganz entstellt hat. Cujaz will nämlich für creditor vielmehr *debitor*, und nachher für debitore, *creditore* lesen. Er kann nicht begreifen, wie der Gläubiger, nach getilgter Schuld, in Ansehung des ihm an sich unnütz gewordenen Documents, noch ein solches Interesse haben könne, um deshalb ad exhibendum zu klagen. Daß hingegen der Schuldner klagen könne, sey außer Zweifel, denn er könne auch das Document vindiciren. Um seine Emendation zu begründen, beruft er sich auf die Basiliken [91]), in welchen folgende Stelle vorkommt:

Ὁ χρεώστης καταβαλὼν ἅπερ ἀποφείλει, κινεῖ τὴν ἀποκαταστατικὴν ἀγωγὴν, ἀπαιτῶν καὶ τὸ χειρόγραφον αὐτῷ ἀναδοθῆναι, καὶ τὰ ἄλλα δικαιώματα τὰ ἀνήκοντα τῷ συναλλάγματι. i. e. *Debitor iis persolutis, quae debebat, restitutoriam actionem habet, si tam chirographum, quam instrumenta ad contractum pertinentia, reddi sibi postulat.*

Allein der große Cujaz hat sich hier gewaltig geirrt, wenn er diese Stelle der Basiliken, welche von einem ganz andern Falle redet, mit der *L.* 18. *D. b. t.* für ein und dieselbe hält. Er hat, welches dem großen Kritiker kaum zu verzeihen ist, vor lauter Emendationseifer gar nicht bemerkt, daß die Basiliken in dem Titel

89) *L.* 27. *pr. D. de furtis.*

90) Observation. Lib. IX. cap. 7.

91) Tom. II. Lib. XV. Tit. 4. Constit. 29. pag. 242. nach Fabrot.

Titel ad exhibendum neun Gesetze mehr haben, als unsere Pandecten, und daß unsere *L.* 18. auch in den Basiliken in eben der Ordnung, wie in den Pandecten, die *Constit.* 18. des Titels *ad exhibendum* ist, welche bey Fabrot Tom. II. pag. 240. folgendermaßen lautet:

Καὶ μετὰ τὸ λαβεῖν τὸ χρέος καλῶς ὁ δανειστὴς ἀπαιτεῖ τὰ τῆ χρέους ἄκυρα δικαιώματα κατεχόμενα παρ' ἑτέρου, πλὴν τῆ χρεώστου. i. e. *Et, soluto debito, recte creditor petit instrumenta debiti iam inania, possessa ab alio, quam a debitore.*

Die vom Cujaz aus den Basiliken angeführte Constit. 29. h. t. ist die *L. ult. C. h. t.* welche ganz irrig mit unserer *L.* 18. ist verwechselt worden, als welche vielmehr mit *L.* 27. *D. de pigner. act.* zu verbinden ist, denn beyde sind aus demselben Libro 6. Opinionum Ulpiani genommen. Da also selbst die Basiliken die Richtigkeit der Lesart unserer L. 18. bestärken, so haben Merillius [92]), Jensius [93]) und Pothier [94]) die Cujazische Aenderung mit Recht verworfen.

II. Der Kläger muß ein *interesse pecuniarium* haben, weshalb er die Exhibition verlangen kann; d. h. sein Interesse muß auf seine Vermögensrechte Bezug haben. Struv [95]) sagt: *Quod debeat nostra, ratione rerum seu bonorum*

92) Variantium ex Cujacio Lib. III. cap. 15.

93) Strictur. ad Rom. iuris Pandect. ad L. 18. h. T. pag. 97. (edit. *Lugd. Batav. 1764.* 4.)

94) Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. III. Not. b. pag. 322.

95) Syntagm. iuris civ. Exercit. XV. Th. 32. Man sehe auch Eckolt Compendiar. Pandect. Tractat. h. t. §. 3. et *Iust. Henn.* Boehmeri Doctr. de actionib. Sect. II. cap. II. §. 3.

bonorum ad nos pertinentium, intereſſe, ſive in rem acturi ſimus, ſive in perſonam. Noch genauer beſtimmt dieſes Juſtus Meier[96]), wenn er ſagt: *Intereſt* PECUNIARITER, *cum res actoris eſt, aut ius habet in ea, aut ipſi debetur, aut eius nomine habet actionem.* Ein anderes Intereſſe iſt zur Begründung der Klage nicht hinreichend. Daher hat die actio ad exhibendum nicht Statt, wenn ein freyer Menſch widerrechtlich von Jemand detinirt wird; ſondern ich kann blos durch das Interdictum de libero homine exhibendo darauf klagen, daß dem Beklagten anbefohlen werde, ihn loßzulaſſen, und auf freyen Fuß zu ſtellen. Ein intereſſe pecuniarium läßt ſich hier nicht denken. Cajus bemerkt dies ausdrücklich, wenn er *L.* 13. *D. h. t.* ſagt:

Si liber homo detineri ab aliquo dicatur, *Interdictum* adverſus eum, qui detinere dicitur, *de exhibendo eo* poteſt quis habere. Nam *ad exhibendum actio* in eam rem inutilis videtur, quia haec actio ei creditur competere, *cuius pecuniariter intereſt*[97]).

Dieſem iſt nicht entgegen, wenn Paulus ſagt *L.* 12. *pr. D. eodem.* De eo exhibendo, quem quis in libertatem vindicare velit, huic actioni locus eſſe poteſt. Denn hier iſt von einer aſſertio libertatis die Rede, welche eine Art von Vindication iſt, und allerdings ein intereſſe pecuniarium zum Grunde haben kann. Man ſetze, daß

96) Colleg. Argentorat. Tom. I. h. t. §. 4. pag. 669.

97) Man erinnere ſich, was bey dieſer Stelle ſchon oben §. 741. S. 177. f. bemerkt worden iſt. Der Ausdruck *pecuniariter* kommt auch *L. ult. D. de delict. privatis* vor.

daß ein Vater seinen Sohn, oder ein Patron seinen Freygelassenen in libertatem vindicirt. Hier ist der Vater wegen der Acquisition durch seinen Sohn, und wegen des Nießbrauchs, der ihm an dem Vermögen seines Sohnes zusteht; der Patron aber wegen der Dienste seines Freygelassenen, und des ihm zustehenden Erbrechts interessirt. Dies alles fällt in jenem Falle weg, wo das Interdictum *de libero homine exhibendo* anzustellen ist. Denn dies setzt voraus, daß der Zustand der Freyheit des Unterdrückten außer allem Streit sey[98]).

III. Daß Interesse des Klägers muß auf die Art, wie ausgeführt worden, nicht nur zur Zeit der angestellten Klage, sondern auch noch zur Zeit der Condemnation begründet seyn. *L.* 7. §. *ult. D. h. t.* sagt: Ibidem non male *Pomponius* iungit, eius, qui *ad exhibendum* egit, *utroque tempore interfuisse oportere*, rem ei restitui: hoc est, *et quo lis contestatur*, et *quo fit condemnatio.* Den erstern Zeitpunct erfordert iustum initium actionis. Der letztere aber ist darum zu berücksichtigen, weil die Condemnation des Beklagten auf das Interesse geht, wenn die Exhibition nicht erfolgt[99]). Diese kann nun nicht weiter Statt finden, wenn das vorige Interesse des Klägers aufgehört hat. Doneau[100]) erklärt dies auf folgende Art. Sit, sagt er, exempli gratia, qui acturus in rem,

98) *L.* 3. §. 7. *D. de homine lib. exhib.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. POTHIER Pand. Iustin. h. t. Nr. VII. *Iul.* PACIUS *Εναντιοφαν.* Centur. IX. Qu. 49. und DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XX. cap. 9. pag. 1178.

99) *L.* 9. *in fin. D. h. t.*

100) Comm. iur. civ. Lib. XX. cap. 9. pag. 1178.

tanquam dominus, ideo agat ad exhibendum. Si, quo tempore agit, dominus non eſt, non iure agit; quia iam ab initio nihil eius intereſt, rem exhiberi, ad exſequendam eam actionem, quam non habet, nec re exhibita ſperet habere. Si dominus eſt, recte quidem agit, ſed ſi inter moras exhibitionis rem alienaverit, aeque poſſeſſor abſolvendus eſt; quia actoris intereſſe deſiit, ſublata ea actione, propter quam actionem ad exhibendum inſtituit.

IV. Der Kläger muß ſein Intereſſe beweiſen. Hierüber cognoſcirt der Richter ſummariſch, mit Verwerfung aller weit ausſehenden Einreden des Beklagten, als welche in die Hauptklage gehören. Nur ſolche Einreden finden in der Regel hier Gehör, welche ſofort liquid, und ſo evident ſind, daß ſie die Intention des Klägers ſofort vernichten; z. B. die Zeugen ſind ſchlechterdings untüchtig[1]). Sind hingegen die Einreden von der Art, daß ſie eine weitläuftige Erörterung erfordern, ſo wird der Beklagte, derſelben ungeachtet, zur Exhibition verurtheilt, und mit ſeinen Exceptionen in die Hauptklage verwieſen. Die hierher gehörigen Geſetzſtellen ſind *L.* 3 §. 9. *et* §. 13. *D. h. t.* wo Ulpian ſagt:

Sciendum eſt autem, non ſolum eis, quos diximus, competere ad exhibendum actionem, verum ei quoque, cuius intereſt, exhiberi. *Iudex igitur ſummatim debebit cognoſcere, an eius interſit; non an eius res ſit:* et ſic iubere vel exhiberi; vel non, quia nihil intereſt.

Ibidem ſubiungit, iudicem per arbitrium ſibi ex hac actione commiſſum etiam exceptiones aeſtimare, quas poſſeſſor

1) S. DONELLI Commentar. iuris civ. c. l. pag. 1179.

poſſeſſor objicit: *et ſi qua tam evidens ſit, ut facile repellat agentem, debere poſſeſſorem abſolvi*; ſi obſcurior, vel quae habeat altiorem quaeſtionem, differendam in directum iudicium, re exhiberi iuſſa.

Es werden jedoch einige Exceptionen ausgenommen, welche der Richter nicht verwerfen darf, wenn ſie auch gleich noch auf weiterer Erörterung beruhen ſollten. Das ſind nämlich ſolche, welche aus einer Handlung des Klägers entſpringen, wodurch er ſich ſelbſt den Weg zur künftigen Klage verſpert hat [2]). **Ulpian** nennt folgende:

De quibusdam tamen *exceptionibus omnimodo ipſum debere diſceptare*, qui de*) ad exhibendum actione iudicat: veluti *pacti conventi, doli mali, iurisiurandi, rei quae iudicata eſt.*

Die *exceptio pacti* beſteht darin, wenn der Kläger mit dem Beſitzer die Uebereinkunft getroffen hat, daß er ſich der Klage, welche er jetzt intendirt, nicht bedienen wolle.

Exceptio iurisiurandi, wenn der Beſitzer bereits vorher, auf geſchehenen Eidesantrag des Klägers, geſchworen hat, die Sache gehöre ihm, oder ſie gehöre wenigſtens dem Kläger nicht.

Exceptio rei iudicatae, wenn der Kläger ſchon vorhin dieſer Sache wegen, weshalb er die Exhibition verlangt, Prozeß geführt hat, und das Urtheil wider ihn ausgefallen iſt.

Exceptio

2) S. DONELLUS c. l. pag. 1179.

*) So lieſet unſer Erlanger Pandecten Codex. Eben ſo Baudoza und Hugo a Porta. Haloander hat in. Die Florentine keins von beyden.

Exceptio doli, wenn der Kläger den Beklagten wegen der Sache betrogen hat, die er von ihm als die seinige zurückfordern will. Z. B. der Besitzer hatte die Sache dem Kläger verkauft; allein er war durch diesen auf eine hinterlistige Art zum Verkauf verleitet worden. Sollte nachher die Sache zufällig wieder an den Verkäufer zurückgekommen seyn, so kann er sich, wenn der Käufer sie als Eigenthümer vindiciren will, und deshalb vorläufig ad exhibendum klagt, mit der Einrede des Betrugs schützen.

Böhmer [3]) erfordert zwar auch bey diesen Einreden Liquidität. Justus Meier [4]) hingegen glaubt, diese Einreden wären darum ausgenommen, weil sie keine weitläuftige Erörterung bedürfen. Allein die *L.* 3. §. 13. *h. t.* sagt ganz deutlich: De his exceptionibus *omnimodo* iudicem debere disceptare. Das Wort *omnimodo*, so wie das in den Basiliken [5]) vorkommende πάντως, begreift aber unstreitig beyde Fälle unter sich, die Erörterung dieser Einreden mag mit Schwierigkeiten und Weitläuftigkeiten verbunden seyn, oder nicht. Den wahren Grund dieser Ausnahme giebt Doneau [6]) richtiger auf folgende Art an:

„Has exceptiones quatuor excepit potissimum *Ulpianus* ex omnium numero, optima ratione, quia nascuntur ex facto actoris, sibi ipsi futuri iudicii causas eo facto praecidentis: ut qui pactus sit ea de re; qui

3) Doctr. de actionib. Sect. II. cap. II. §. 6.

4) Colleg. Argentorat. Tom. I. h. t. §. 9. pag. 673.

5) Tom. II. Lib. XV. Tit. 4. Const. 3. §. 11. p. 233.

6) Comm. iur. civ. cit. loc. pag. 1179.

qui controverſiam iureiurando, aut iudicio ſuſtulerit; qui dolo ſuo inutilem venditionem ſibi conſtituerit. Haec facta auctori ſuo perpetuo nocere aequum eſt.“

V. Der Kläger muß alle Merkmale der Sache, wodurch ſie ſich von andern unterſcheidet, in ſeinem Klagſchreiben genau angeben, damit der Beklagte darnach beurtheilen könne, ob er die Sache beſitzt. Ulpian giebt dieſes Erforderniß ausdrücklich an, wenn er *L.* 3. *pr. D. h. t.* ſagt:

In hac actione actor omnia noſſe debet, et dicere *argumenta rei*, de qua agitur.

Cornelius van Bynkershök[7]) glaubt zwar, der Kläger müſſe durch die actio ad exhibendum erſt die Merkmale der Sache kennen lernen, um ſie bey der künftigen Vindication deſto genauer zu bezeichnen, und will daher ſtatt *dicere* vielmehr *diſcere* leſen. Pothier[8]), Heineccius[9]), Wächter[10]) und Joh. Wilhelm Hoffmann[11]) ſtimmen ihm auch hierin bey. Allein Gerhard Noodt[12]), Johann Jenſius[13]) und Joh. Heinrich von Berger[14]) haben dieſe Emendation mit Recht verworfen.

7) Praefat. ad IV. Libros prior. Obſervation. iuris Rom. §. *Sed quia.*

8) Pandect. Iuſtin. Tom. I. h. t. Nr. XX. not. g. pag. 324.

9) Opuscul. poſtum. ad Edictum perpet. Tit. 57. not. b. pag. 543.

10) Opusc. iurid. a *Trotzio* edit. pag. 464.

11) Meletemat. ad Lib. X. Pand. in Thes. iuris controv. Nr. VIII.

12) Commentar. ad Dig. h. t. pag. 244.

13) Strictur. ad Rom. iuris Pand. Lib. X. h. t. pag. 93. (*Lugd. Batav. 1764.* 4. maj.)

14) Oeconom. iuris Lib. III. Tit. 13. Th. 1. Not. 4.

worfen. Immerhin mögen einige Handschriften *discere* lesen, wie bey Haloander, Baudoza, und in der Ausgabe apud Sennetonios *Lugduni* 1549. am Rande angemerkt worden ist; so ist doch diese Leseart offenbar falsch. Denn erstens steht das *discere* mit den vorhergehenden Worten *omnia nosse debet*, in einem evidenten Widerspruche. Muß der Kläger alle Merkmale der Sache kennen, deren Exhibition er verlangt, so darf er sie ja nicht erst durch die actio ad exhibendum kennen lernen [15]). Sodann widerstreitet die Auctorität der florentinischen Pandecten. Nicht minder sind die Basiliken [16]) der Bynkershökischen Conjectur entgegen, als welche vielmehr die gemeine Leseart bestärken. In denselben lautet nämlich unsere Stelle so:

Ο ἐνάγων ὀφείλει τὰ γνωρίσματα λέγειν τοῦ πράγματος.
i. e. *Qui ad exhibendum agit, argumenta et indicia rei dicere debet.*

Aus allen erhellet also soviel, daß *dicere* hier nichts anders heißt, als *edere*, angeben; und *argumenta rei* bedeuten die Kennzeichen und Eigenschaften einer Sache, wodurch sie sich von andern Sachen unterscheidet [17]).

Es

15) Wächtler bemerkt zwar, daß in der edit. Pand. *Chevalloniana* statt nosse stehe *noscere*. Allein das kann hier nicht in Betrachtung kommen.

16) Tom. II. Lib. XV. Tit. 4. Const. 3. pag. 231.

17) In dieser Bedeutung kommt das Wort *argumentum* auch *L. 34. §. 2. D. de auro et arg. leg.* vor. S. *Io. Guil.* Marckarti Interpretation. receptar. iuris civ. Lection. Lib. I. cap. 8.

Es kann demnach nur als Ausnahme von der Regel gelten, wenn es bey Noxalklagen dem Kläger, welcher den Sklaven, der ihm den Schaden zugefügt hatte, nicht mit Namen anzugeben wußte, verstattet war, auf Darstellung der ganzen Sklaven-Familie des Beklagten zu klagen, um den Sklaven näher kennen zu lernen, und auszusuchen, welcher den Schaden angerichtet hatte. Doch konnte auch hier der Kläger eine solche Exhibition anders nicht verlangen, als wenn er wenigstens durch Anzeigen wahrscheinlich machen konnte, daß er von einem der Sklaven des Beklagten beleidiget worden sey [18]), wie aus folgender Stelle des Ulpians erhellet.

L. 3. §. 7. *D. h. t.* Si quis noxali iudicio experiri velit, ad exhibendum ei actio est necessaria. Quid enim, si dominus quidem paratus sit defendere, actor vero destinare non possit, nisi ex praesentibus; quia aut servum non recognoscit, aut nomen non tenet. Nonne aequum est, ei familiam *exhibere* [19]), ut noxium servum adgnoscat? *Quod ex causa* [20]) *debet fieri, ad designandum eum, cuius nomine noxali quis agit, recensitione* [21]) *servorum facta* [22]).

Die

18) S. IENSIUS in Strictur. cit. pag. 96.

19) Statt *exhibere* liefet unser Erlanger Pandecten-Codex besser *exhiberi.*

20) Die Worte: *ex causa* erklärt NOODT in Comm. ad Pand. h. t. pag. 244. §. *Hoc non omittam* durch causa cognita.

21) Haloander hat *recensione.* Eben so unser Erlanger Pandecten-Codex.

22) Man verbinde damit *L.* 3. §. 2. *D. de Publicanis.*

Die Unbekanntschaft des Klägers mit dem Gegenstande, dessen Exhibition er verlangte, verdiente in diesem Falle um so mehr Nachsicht, weil es hier auf ein Delict ankam, welches nicht unbestraft bleiben konnte. Es wäre wenigstens höchst ungerecht gewesen, wenn diese Unbekanntschaft dem Sklaven zur Impunität dienen, und den Beschädigten um sein Recht, Schadensersatz zu fordern, hätte bringen sollen [23]).

Aus dem vorigen ergiebt sich endlich,

VI. daß die actio ad exhibendum nur eigentlich bey beweglichen Sachen Statt habe, insofern es nämlich auf eine Vorzeigung ankommt, um sein Recht an der Sache verfolgen zu können [24]). Eine solche Vorzeigung läßt sich nun aber bey unkörperlichen Sachen nicht denken, unbewegliche Sachen hingegen brauchen nicht erst von einem Andern vorgezeigt zu werden, man kann sie ja schon von selbst in Augenschein nehmen [25]). Viele [26]) wollen jedoch den Fall ausnehmen, wenn dem Kläger die Lage oder Gränzen eines Grundstücks unbekannt seyn sollten. Hier könne der Kläger durch die actio ad exhiben-

23) S. DONELLI Comment. iur. civ. Lib. XX. cap. 9. §. *Actio quoque* pag. 1177.

24) *L. 56. D. de procurator. L. 22. D. de Verb. Significat. L. 6. D. ad exhib.*

25) *L. 2. C. Quando et quibus.*

26) ECKOLT Compend. Pandectar. Tractat. h. t. §. 5. *de* BERGER Oeconom. iuris Lib. III. Tit. 13. Th. 1. Not. 3. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 10. BOEHMER iur. Dig. h. t. §. 8. HOMMEL ad *Menckenii* Introduct. in doctrinam de actionib. for. not. 1251. pag. 390. HOFACKER Princip. iuris civ. R. G. cura GMELIN Tom. III. §. 4006. not. h. u. a. m.

exhibendum mit Recht fordern, daß ihm der Beklagte diese angebe. Z. B. es ist mir ein Grundstück vermacht worden, und ich weis nicht, wo es liegt. Man beruft sich deswegen auf die *L.* 8. *D. h. t.* wo Julian sagt:

Si *ad exhibendum* actum est cum eo, qui neque possidebat, neque dolo malo fecerat, quominus possideret, deinde eo defuncto heres eius possidet rem, exhibere cogendus erit. Nam si fundum vel hominem petiero, et heres ex eadem causa possidere coeperit, restituere cogitur.

Allein Julian sagt hier mit keinem Worte, daß die actio ad exhibendum bey unbeweglichen Sachen Statt habe; sondern er will nur soviel sagen, der Erbe desjenigen, welcher ad exhibendum war belangt worden, könne, ohne gegen ihn eine neue Klage anstellen zu dürfen, zur Exhibition genöthiget werden, wenn er die Sache besitzt, die sein Erblasser weder besaß, noch arglistig zu besitzen aufgehört hatte, und die Klage sey also in diesem Falle nicht vergeblich angestellt. Denn auch bey der Reivindication, welche durch die actio ad exhibendum gewöhnlich vorbereitet wird, sey es eben so, wenn nämlich der Erbe den Besitz der Sache verlangt haben sollte, welchen der Erblasser noch nicht hatte, gegen welchen gleichwohl die Reivindication aus Irrthum war angestellet worden. Das Beyspiel, welches hier Julian vom fundus anführt, geht blos auf die Reivindication, bey welcher es angeführt wird, aber nicht auf die actio ad exhibendum. Es findet sich demnach auch nicht eine einzige Gesetzstelle, welche jene Meinung begründet. Vielmehr ist es sehr merkwürdig, daß überall, wo der actio ad exhibendum Erwähnung

geschiehet,

geschiehet, auch von beweglichen Sachen die Rede ist. Ich will hier, außer den schon oben vorgekommenen Stellen, hier nur einer einzigen noch gedenken, die mir besonders merkwürdig zu seyn scheint. Licinius Rufinus sagt nämlich *L.* 38. *in fin. D. de iudiciis.*

Si per in rem actionem legatum petetur, etiam ibi peti debet, ubi res est. Et, si *mobilis sit res*, ad exhibendum agi cum herede poterit, ut exhibeat rem: sic enim vindicari a legatario poterit.

Die hier mit besonderem Bedacht beygefügte Bestimmung: *si mobilis sit res*, wäre, wie Justus Meier [27]) sehr richtig bemerkt, ganz überflüßig, wenn sie nicht der actio ad exhibendum eigen wäre. Ich läugne nicht, daß bey unbeweglichen Sachen, die man fodern kann, zuweilen die Lage oder Gränzen unbekannt seyn können, allein deswegen bedarf es doch dieser Klage nicht. Denn, man setze, daß mir ein solches Grundstück vermacht worden sey, so geht schon hierauf die Klage mit, die mir wegen des Vermächtnisses zusteht. Magis est, sagt Huber [28]), ut hoc in ipsa legati actione contineatur; scilicet, ut heres condemnetur ad fundum legatum, ubicunque sit, praestandum; actionem ad exhibendum ea gratia dari, ab iuris usu alienum videtur. Hierin stimmen auch Voet [29]), Böckelmann [30]) und Schulting [31]) überein.

Kommt

27) Colleg. Argentorat. Tom. I. h. t. §. 6. pag. 671.

28) Praelect. iuris Rom. P. II. h. t. §. 6. in Respons. ad Schol. pag. 417. (edit. *Franequer. 1689.* 4.)

29) Commentar. ad Pand. h. t. §. 1.

30) Commentar. in Dig. h. t. §. 7.

31) Thes. controversar. Decad. XXX. Th. 9.

Kommt es nicht gerade auf Vorzeigung einer Sache an, sondern die Klage ad exhibendum wird auf Herausgabe oder auf Ersatz einer schuldigen Sache gerichtet, so kann jede Sache, auch eine unkörperliche, der Gegenstand dieser Klage seyn. Einen dahin gehörigen merkwürdigen Fall erzählt **Ulpian** aus dem **Marcellus** *L.* 9. §. 4. *D. h. t.*

Marcellus scribit, si tibi decem numismata sint sub conditione legata, et mihi decem ususfructus pure, deinde heres pendente conditione, *non exacta cautione*, decem fructuario solverit, *ad exhibendum eum actione teneri: quasi dolo fecerit, quominus possideret.* Dolus autem in eo est, *quod cautionem exigere supersedit a fructuario*: effectumque, ut legatum tuum evanescceret, cum iam nummos vindicare non possis. *Ita demum autem locum habebit ad exhibendum actio, si conditio extiterit legati.* Potuisti tamen tibi prospicere stipulatione legatorum: et si prospexisti, non erit tibi necessaria ad exhibendum actio. Si tamen ignarus legati tui, a fructuario satis non exegit, dicit *Marcellus*, cessare *ad exhibendum*: scilicet quia nullus dolus est. Succurrendum tamen legatario *in factum adversus fructuarium actione*, ait.

Marcellus entscheidet hier folgenden Fall. A. hat dem B. eine Summe Geld vermacht, aber unter einer gewissen Bedingung, mir aber den Nießbrauch von dieser Summe, und zwar unbedingt. Daß ein solches Legat, vermöge des schon an einem andern Orte (Lib. VII. Tit. 4.) erklärten Senatusconsultum vom Quasi-Usufructus gilt, hat keinen Zweifel. Allein zu bemerken ist, daß B. in die-

sem Falle an dem Nießbrauche Antheil nimmt, sobald die Bedingung existirt. Julian sagt dieses ausdrücklich *L.* 6. *D. de usufr. ear. rerum, quae usu consum.* wo es heißt: Si tibi decem legata fuerint, mihi eorundem decem (millium) ususfructus: fient quidem tua tota decem millia, sed mihi quinque numerari debebunt; *ita ut tibi caveam, tempore mortis meae aut capitis deminutionis restituiri.* Nam et si fundus tibi legatus fuisset, et mihi eiusdem fundi ususfructus: haberes tu quidem totius fundi proprietatem, sed partem cum usufructu, partem sine usufructu; et non heredi, sed tibi caverem boni viri arbitratu. Also der Nießbrauch der vermachten Summe wird unter uns getheilt. So lange indessen die Bedingung noch schwebt, habe ich den Genuß allein. Nun setze man, der Erbe habe mir pendente conditione die ganze Summe ausgezahlt, aber keine Caution gefordert, daß ich die Hälfte davon dem B. restituiren solle, wenn die Bedingung des Legats existiren wird. Hierauf tritt die Bedingung wirklich ein. Das Geld ist aber nicht mehr da. Wie hilft sich hier der Legatar, um seine Hälfte zu bekommen? Marcellus unterscheidet, ob dem Erben das Legat bekannt war, und derselbe dennoch die Caution sich von dem Usufructuar bestellen zu lassen unterließ, oder ob ihm solches unbekannt war. Im ersten Fall kann B. gegen den Erben ad exhibendum klagen, denn der Erbe ist hier als ein solcher anzusehen, qui dolo possidere desiit. Sein dolus besteht darin, daß er keine Caution gefordert hat. Hätte sich jedoch der Legatar von dem Erben die gewöhnliche Caution wegen seines bedingten Vermächtnisses bestellen lassen, (S. Tit. Pand. *ut legatorum s. fideicommissor. servandorum causa caveatur.* XXXVI. 3.) so kann er sich auch an diese halten.

halten. Im letztern Falle hingegen fällt die actio ad exhibendum weg, weil hier der Erbe sich keiner Arglist schuldig gemacht hat. Der Legatar klagt also gegen mich, den Usufructuar, mit der actio in factum, daß ich ihm seinen Antheil herauszahle *).

Man pflegt heut zu Tage die actio ad exhibendum, in sofern sie blos auf Vorzeigung einer Sache geht, zugleich mit der Hauptklage, welcher dadurch der Weg gebahnt werden soll, in demselben Libell zu verbinden [32]). Diese Cumulation wird auch von unsern Practikern zur Abkürzung des Prozesses vorzüglich angerathen [33]). Zwar muß auch in diesem Falle erst über das vorbereitende Gesuch verfahren, und entschieden werden; dann aber bedarf es keines neuen Libells, um zu der Hauptklage in dem Verfahren überzugehen [34]).

*) S. *Iac.* CUJACII Recitatt. solemnes ad Lib. X. Dig. h. t. ad *L. 3. §. 14.* (*Operum* a FABROTO editor. Tom. IV. P. I. pag. 638.)

32) Ein Formular eines solchen Libells giebt CARRACH in Adnotat. ad *Boehmeri* doctr. de actionib. pag. 112.

33) VINNIUS in Commentar. ad §. 3. I. de officio iud. ad verba: *Fructuum medii temporis.* ECKOLT Compendiar. Pandect. Tractat. h. t. §. 1. MENCKEN Introd. in doctr. de actionib. for. Sect. IV. Cap. I. Membr. I. §. 10. pag. 392 u. a. m. Anderer Meinung ist jedoch *Barthol. Leonh.* SUENDENDÖRFER ad *Eckoltum* cit. loc. pag. 321.

34) S. den 4. Th. dieses Commentars. §. 284. e. S. 31. f. und GROLMANS Theorie des gerichtl. Verfahrens in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten. §. 167. S. 331. folg.

sem Falle an dem Nießbrauche Antheil nimmt, sobald die Bedingung existirt. Julian sagt dieses ausdrücklich *L.* 6. *D. de usufr. ear. rerum, quae usu consum.* wo es heißt: Si tibi decem legata fuerint, mihi eorundem decem (millium) ususfructus: fient quidem tua tota decem millia, sed mihi quinque numerari debebunt; *ita ut tibi caveam, tempore mortis meae aut capitis deminutionis restituiri.* Nam et si fundus tibi legatus fuisset, et mihi eiusdem fundi ususfructus: haberes tu quidem totius fundi proprietatem, sed partem cum usufructu, partem sine usufructu; et non heredi, sed tibi caverem boni viri arbitratu. Also der Nießbrauch der vermachten Summe wird unter uns getheilt. So lange indessen die Bedingung noch schwebt, habe ich den Genuß allein. Nun setze man, der Erbe habe mir pendente conditione die ganze Summe ausgezahlt, aber keine Caution gefordert, daß ich die Hälfte davon dem B. restituiren solle, wenn die Bedingung des Legats existiren wird. Hierauf tritt die Bedingung wirklich ein. Das Geld ist aber nicht mehr da. Wie hilft sich hier der Legatar, um seine Hälfte zu bekommen? Marcellus unterscheidet, ob dem Erben das Legat bekannt war, und derselbe dennoch die Caution sich von dem Usufructuar bestellen zu lassen unterließ, oder ob ihm solches unbekannt war. Im ersten Fall kann B. gegen den Erben ad exhibendum klagen, denn der Erbe ist hier als ein solcher anzusehen, qui dolo possidere desiit. Sein dolus besteht darin, daß er keine Caution gefordert hat. Hätte sich jedoch der Legatar von dem Erben die gewöhnliche Caution wegen seines bedingten Vermächtnisses bestellen lassen, (S. Tit. Pand. *ut legatorum s. fideicommissor. servandorum causa caveatur.* XXXVI. 3.) so kann er sich auch an diese halten.

halten. Im letztern Falle hingegen fällt die actio ad exhibendum weg, weil hier der Erbe sich keiner Arglist schuldig gemacht hat. Der Legatar klagt also gegen mich, den Usufructuar, mit der actio in factum, daß ich ihm seinen Antheil herauszahle *).

Man pflegt heut zu Tage die actio ad exhibendum, in sofern sie blos auf Vorzeigung einer Sache geht, zugleich mit der Hauptklage, welcher dadurch der Weg gebahnt werden soll, in demselben Libell zu verbinden [32]). Diese Cumulation wird auch von unsern Practikern zur Abkürzung des Prozesses vorzüglich angerathen [33]). Zwar muß auch in diesem Falle erst über das vorbereitende Gesuch verfahren, und entschieden werden; dann aber bedarf es keines neuen Libells, um zu der Hauptklage in dem Verfahren überzugehen [34]).

*) S. *Iac.* CUJACII Recitatt. solemnes ad Lib. X. Dig. h. t. ad *L. 3. §. 14.* (*Operum* a FABROTO editor. Tom. IV. P. I. pag. 638.)

32) Ein Formular eines solchen Libells giebt CARRACH in Adnotat. ad *Boehmeri* doctr. de actionib. pag. 112.

33) VINNIUS in Commentar. ad §. 3. I. de officio iud. ad verba: *Fructuum medii temporis.* ECKOLT Compendiar. Pandect. Tractat. h. t. §. 1. MENCKEN Introd. in doctr. de actionib. for. Sect. IV. Cap. I. Membr. I. §. 10. pag. 392 u. a. m. Anderer Meinung ist jedoch *Barthol. Leonh.* SUENDENDÖRFER ad *Eckoltum* cit. loc. pag. 321.

34) S. den 4. Th. dieses Commentars. §. 284. e. S. 31. f. und GROLMANS Theorie des gerichtl. Verfahrens in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten. §. 167. S. 331. folg.

sem Falle an dem Nießbrauche Antheil nimmt, sobald die Bedingung existirt. Julian sagt dieses ausdrücklich *L.* 6. *D. de usufr. ear. rerum, quae usu consum.* wo es heißt: Si tibi decem legata fuerint, mihi eorundem decem (millium) ususfructus: fient quidem tua tota decem millia, sed mihi quinque numerari debebunt; *ita ut tibi caveam, tempore mortis meae aut capitis deminutionis restituiri.* Nam et si fundus tibi legatus fuisset, et mihi eiusdem fundi ususfructus: haberes tu quidem totius fundi proprietatem, sed partem cum usufructu, partem sine usufructu; et non heredi, sed tibi caverem boni viri arbitratu. Also der Nießbrauch der vermachten Summe wird unter uns getheilt. So lange indessen die Bedingung noch schwebt, habe ich den Genuß allein. Nun setze man, der Erbe habe mir pendente conditione die ganze Summe ausgezahlt, aber keine Caution gefordert, daß ich die Hälfte davon dem B. restituiren solle, wenn die Bedingung des Legats existiren wird. Hierauf tritt die Bedingung wirklich ein. Das Geld ist aber nicht mehr da. Wie hilft sich hier der Legatar, um seine Hälfte zu bekommen? Marcellus unterscheidet, ob dem Erben das Legat bekannt war, und derselbe dennoch die Caution sich von dem Usufructuar bestellen zu lassen unterließ, oder ob ihm solches unbekannt war. Im ersten Fall kann B. gegen den Erben ad exhibendum klagen, denn der Erbe ist hier als ein solcher anzusehen, qui dolo possidere desiit. Sein dolus besteht darin, daß er keine Caution gefordert hat. Hätte sich jedoch der Legatar von dem Erben die gewöhnliche Caution wegen seines bedingten Vermächtnisses bestellen lassen, (S. Tit. Pand. *ut legatorum s. fideicommissor. servandorum causa caveatur.* XXXVI. 3.) so kann er sich auch an diese halten.

halten. Im letztern Falle hingegen fällt die actio ad exhibendum weg, weil hier der Erbe sich keiner Arglist schuldig gemacht hat. Der Legatar klagt also gegen mich, den Usufructuar, mit der actio in factum, daß ich ihm seinen Antheil herauszahle *).

Man pflegt heut zu Tage die actio ad exhibendum, in sofern sie blos auf Vorzeigung einer Sache geht, zugleich mit der Hauptklage, welcher dadurch der Weg gebahnt werden soll, in demselben Libell zu verbinden [32]). Diese Cumulation wird auch von unsern Practikern zur Abkürzung des Prozesses vorzüglich angerathen [33]). Zwar muß auch in diesem Falle erst über das vorbereitende Gesuch verfahren, und entschieden werden; dann aber bedarf es keines neuen Libells, um zu der Hauptklage in dem Verfahren überzugehen [34]).

*) S. *Iac.* CUJACII Recitatt. solemnes ad Lib. X. Dig. h. t. ad *L.* 3. §. 14. (*Operum* a FABROTO editor. Tom. IV. P. I. pag. 638.)

32) Ein Formular eines solchen Libells giebt CARRACH in Adnotat. ad *Boehmeri* doctr. de actionib. pag. 112.

33) VINNIUS in Commentar. ad §. 3. I. de officio iud. ad verba: *Fructuum medii temporis.* ECKOLT Compendiar. Pandect. Tractat. h. t. §. 1. MENCKEN Introd. in doctr. de actionib. for. Sect. IV. Cap. I. Membr. I. §. 10. pag. 392 u. a. m. Anderer Meinung ist jedoch *Barthol. Leonh.* SUENDENDÖRFER ad *Eckoltum* cit. loc. pag. 321.

34) S. den 4. Th. dieses Commentars. §. 284. e. S. 31. f. und GROLMANS Theorie des gerichtl. Verfahrens in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten. §. 167. S. 331. folg.

dennoch die *actio ad exhibendum* nicht gestattet wird, ist blos der, weil hier der Kläger keinen Anspruch an der Sache selbst hatte, an deren Exhibition ihm gelegen ist. In solchen Fällen findet nur ein Interdict Statt: z. B. das *Interdictum de libero homine exhibendo*, um die Freyheit eines Menschen in einem solchen Falle zu schützen, wo jedem Bürger daran gelegen seyn mußte, daß der in seiner Freyheit Beeinträchtigte loßgelassen wurde. Ferner das *Interdictum de tabulis exhibendis*, welches den Legatarien, und allen denen zukommt, welchen, außer dem Erben, daran gelegen ist, das Testament einzusehen. Diese können darum nicht ad exhibendum klagen, weil sie an dem Testament selbst keinen Anspruch haben, dessen Eigenthum vielmehr dem Erben zusteht [33]). Daher kann nur dieser ad exhibendum klagen [34]); so wie der Testirer, so lange er lebte. Bey diesen findet dagegen das Interdict nicht Statt [35]). Ist von andern Urkunden und Schriften die Rede,

33) *L. 3. §. 8. D. h. t.* Si quis, extra heredem, tabulas testamenti, vel codicillos, vel quid aliud ad testamentum pertinens exhiberi velit, dicendum est, *per hanc actionem agendum non esse:* cum sufficiunt sibi *interdicta in hanc rem competentia.*

34) *L. 3. D. Testam. quemadm. aperiant.* Ipsi tamen heredi vindicatio tabularum, sicut ceterarum hereditariarum rerum, competit: et ob id *ad exhibendum quoque agere potest.* —

35) *L. 3. §. 5. D. de tabb. exhib.* Si ipse testator, dum vivit, tabulas suas esse dicat, et exhiberi desideret: Interdictum hoc locum non habebit; sed *ad exhibendum* erit agendum, ut exhibitas vindicet. Quod in omnibus, qui corpora sua esse dicunt instrumentorum, probandum est. S. Westphals syst. Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröfnung der Testamente. §. 26. ff.

Rede, welche man nach der Strenge des Rechts nicht vindiciren kann, allein Gründe der Billigkeit ſtreiten dennoch für das Geſuch der Exhibition, ſo hat die *actio in factum* Statt[36]). Hierher gehört, was **Ulpian** *L.* 3. §. 14. *D. h. t.* ſagt:

Interdum aequitas exhibitionis efficit, ut quamvis *ad exhibendum* agi non poſſit, *in factum* tamen *actio* detur, ut *Iulianus* tractat. Servus, inquit, uxoris meae rationes meas conſcripſit: hae rationes a te poſſidentur: deſidero eas exhibere. Ait *Iulianus*, ſi quidem mea charta ſcriptae ſint, locum eſſe huic actioni, quia et vindicare eas poſſum. Nam cum charta mea ſit, et, quod ſcriptum eſt, meum eſt. *Sed ſi charta mea non fuit, quia vindicare non poſſum, nec ad exhibendum experiri. In factum igitur mihi actionem competere.*

Die *actio ad exhibendum* iſt nun ihrer Natur nach bald eine blos **präparatoriſche**, bald eine **Hauptklage**.

I. Als **vorbereitende Klage** iſt ſie dazu eingeführt, um eine gewiſſe andere Hauptklage dadurch zu begründen, welche entweder anders gar nicht Statt hat, oder wenigſtens nicht ſicher und mit Nutzen angeſtellt werden kann, als wenn zuvor eine gewiſſe Sache dem Kläger vorgezeigt worden iſt. Urſprünglich wurde dieſe Klage zwar nur hauptſächlich zur Vorbereitung und Erleichterung

36) S. *Hieron.* ELENI Diatribar. ſeu Exercitation. ad ius civile Lib. II. cap. 8. (In *Ev.* OTTONIS *Theſ. iuris Rom.* Tom. II. pag. 1429.)

der Eigenthumsklage eingeführt, wie aus *L.* 1. *D. h. t.* erhellet, wo Ulpian ſagt: Haec actio perquam neceſſaria, et vis eius in uſu quotidiano eſt: et maxime *propter vindicationes* inducta eſt. [37]). Allein ſie wurde nachher aus Gründen des Nutzens und der Nothwendigkeit dergeſtalt erweitert, daß dieſe Klage jetzt angeſtellt werden kann, ſo oft Jemand dabey intereſſirt iſt, eine Sache zu ſehen, welche ihm der Inhaber vorzeigen kann, um ein, ihm daran zuſtehendes dingliches, oder perſönliches Recht verfolgen zu können [38]). Daher können zuweilen auch mehrere zugleich der nämlichen Sache wegen ad exhibendum klagen, denen aus ganz verſchiedenen Gründen daran gelegen iſt, die Sache zu ſehen [39]).

Als vorbereitende Klage hat die actio ad exhibendum hauptſächlich einen zweyfachen Gebrauch. Sie dient

1) dazu,

37) Schon die alte Vindicationsformel machte ehemals die Darſtellung der Sache vor Gericht nothwendig. Der Kläger ſagte: *Hanc rem ex iure Quiritium meam eſſe aio.* Die Sache konnte alſo nicht vindicirt werden, wenn ſie nicht gegenwärtig war. *L. 47. D. de rei vindic. Ant.* FABER in Rational. in Pand. ad h. L. 1. h. t. und *Ios.* AVERANIUS Interpretation. iuris Lib. I. cap. 15. nr. 10. ſqq.

38) S. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 3. not. s. und THIBAUT Syſt. des P. R. 2. Bd. §. 578.

39) *L. 3. §. 12. D. h. t.* Pomponius ſcribit, eiusdem hominis nomine recte plures ad exhibendum agere poſſe: forte, ſi homo primi ſit; ſecundi in eo uſusfructus ſit; tertius poſſeſſionem ſuam contendat; quartus pigneratum ſibi eum adfirmet. Omnibus igitur ad exhibendum actio competit: quia omnium intereſt, exhiberi hominem.

1) dazu, um eine Klage anstellen zu können, die man einer gewissen Sache wegen zwar schon jetzt hat, welche aber doch anders nicht sicher angestellet werden kann, als wenn uns zuvor die Sache vorgezeigt worden ist. Dies hat besonders in zwey Fällen Statt.

a) Wenn es ungewiß ist, ob eine gewisse Sache, welche der Gegner besitzt, wirklich diejenige sey, die wir zu verfolgen berechtiget sind[40]).

b) Wenn uns daran gelegen ist, die Beschaffenheit der Sache, ihren Zustand, und ihre Größe kennen zu lernen, welche sie zur Zeit der angestellten Klage hat; weil nun während des Prozesses die Sache nicht durch des Beklagten Schuld deteriort, noch etwas davon genommen werden kann, weshalb nicht nachher Ersatz gefordert werden könnte[41]).

Die Klagen, zu deren Vorbereitung die Exhibition einer Sache verlangt werden kann, sind von dreyerley Art, welche in den Gesetzen dieses Titels angegeben werden.

aa) Realklagen. Nicht blos die Reivindication. Nein. Ulpian sagt ausdrücklich *L.* 3. §. 1. *D. h. t.* Qui ad exhibendum agit, non utique *dominum* se dicit, nec debet ostendere: cum multae sint causae ad exhibendum agendi. Alle übrige Realklagen können ebenfalls der actioni ad exhibendum Raum geben. Daher fährt Ulpian *L.* 3. §. 5. *D. h. t.* fort; Haec actio ei competit, qui in rem acturus est, *qualicunque in rem actione:* etiam

40) S. HUBERI Praelection. iuris Rom. P. II. h. t. §. 3.

41) DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XX. cap. 9. pag. 1177.

pigneratitia Serviana[42]), sive *hypothecaria*[43]), quae creditoribus competunt. Und §. 4. heißt es weiter: Sed et *usumfructum petituro*, competere *ad exhibendum*, *Pomponius* ait. Hieraus erklärt sich nun auch, wie es möglich sey, daß mehrere, welchen eine verschiedene Realklage der nämlichen Sache wegen zusteht, zu gleicher Zeit ad exhibendum klagen können. Z. B. der eine kann das Eigenthum, der andere den ususfructus, der dritte ein Pfandrecht an der Sache haben[44]). Es kommt auch darauf nicht an, ob derjenige, welcher ad exhibendum klagt, die Hauptklage, welche dadurch vorbereitet wird, im eigenen Namen, oder nur als Procurator anstellen kann. Denn der zur Anstellung der Reivindication bevollmächtigte Procurator kann auch ad exhibendum klagen, wenn gleich seine Vollmacht davon nichts enthält[45]).

bb) Interdicte, sofern zu deren Verfolgung eben so, wie bey den Vindicationen, die Darstellung der Sache nöthig ist, damit nicht die Sache, wenn man sich solche hat vorzeigen lassen, nachher ungestraft deteriorirt oder vermindert werden könne, welches bey denjenigen Interdicten der Fall ist, die eben so, wie Realklagen, auf Restitution des Besitzes gehen. Dergleichen sind die Interdicte Quod legatorum,

42) i. e. ea in rem actione, quae datur de pignore tradito. S. *Ian. a* COSTA Commentar. ad §. 7. I. de actionib. pag. 526.

43) i. e. quae datur de pignore, nuda conventione constituto. S. *a* COSTA. c. l.

44) *L. 3. §. 12. D. h. t.*

45) *L. 56. D. de Procurator.* Ad rem mobilem petendam datus procurator, ad exhibendum recte aget.

gatorum, Unde vi, nämlich wegen der in dem mit Gewalt in Besitz genommenen Grundstück befindlich gewesenen beweglichen Sachen, ferner de precario, und de glande legenda[46]). Keinesweges aber gehören dahin die interdicta de libero homine exhibendo, de liberis exhibendis, und de tabulis exhibendis. Denn das erstere ist nur zur Beschützung der Freyheit eingeführt, und hat also kein interesse pecuniarium zum Grunde[47]). Das andere hat die Erhaltung der Freyheit der Kinder, und der väterlichen Gewalt zum Zweck; nun ist beydes, die Freyheit und die väterliche Gewalt unschätzbar[48]). Das letztere Interdict hingegen geht ja schon auf Vorlegung des Testaments, um daraus zu ersehen, was dem Imploranten zu wissen nöthig ist[49]). Es wäre also der größte Unsinn, auf Vorlegung des Testaments zu klagen, um ein Interdict wegen Vorlegung des Testaments anstellen zu können[50]).

cc) Noxalklagen, wenn nämlich der Kläger, der wegen des Delicts eines fremden Sklavens gegen den Herrn desselben klagen wollte, den Sklaven, welcher den Schaden gethan hatte, nicht mit Namen anzugeben wußte, noch denselben auf andere Art genugsam zu bezeichnen im Stande war, weil er ihn vorher noch nicht gekannt hatte.

46) *L. 9. §. 1. D. h. t.* DONELLUS in Comm. iuris civ. Lib. XX. cap. 9. pag. 1177.

47) *L. 13. D. h. t. L. 1. D. de lib. hom. exhib.*

48) *L. 106. D. de Reg. iur.*

49) *L. 3. §. 8. D. de tab. exhib.*

50)) DONELLUS c. l. pag. 1177.

Hier konnte der Kläger verlangen, daß ihm der Beklagte die ganze Sklaven-Familie vorstelle, um den Sklaven, der den Schaden gethan hatte, darunter auszusuchen, und sagen zu können, dieser sey es, welcher den Schaden angerichtet hat [51]).

2) Die *actio ad exhibendum* kann auch dazu dienen, um durch die Exhibition der Sache in Ansehung derselben eine Klage zu erhalten, die man vorher nicht hatte, und die man auch ohne Exhibition sonst nicht haben würde. Es lassen sich hier zwey Fälle gedenken.

a) Wenn unsere Sache mit der Sache des Gegners dergestalt verbunden worden ist, daß sie einen Theil derselben ausmacht. Hier hört die Sache, so lange sie mit der fremden Hauptsache cohärirt, auf, unser Eigenthum zu seyn [52]). Man kann sie wenigstens nicht vindiciren, so lange sie von der Hauptsache nicht getrennt ist. Die *actio ad exhibendum* dient also hier dazu, die Trennung einer zu vindicirenden Sache zu bewirken. Nur in dem Falle wird diese Klage nicht gestattet, da Jemand unsere Baumaterialien zu seinen mit dem Boden zusammenhängenden Gebäuden gebraucht hat, und sich deshalb in gutem Glauben befindet. Paulus sagt *L. 6. D. h. t.* Gemma inclusa auro alieno, vel sigillum candelabro vindicari non potest: sed, *ut excludatur*, ad exhibendum agi potest. Aliter atque *in tigno iuncto aedibus*: de quo *nec ad exhibendum agi potest*, quia Lex duodecim tabularum solvi vetaret:

1) *L. 53. §. 7. D. h. t.*

52) S. *Gerh.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. Tom. II. *Operum* pag. 246.

vetaret: *sed actione de tigno iuncto ex eadem Lege in duplum agitur.* Ist hingegen der Erbauer in mala fide, so hat sowohl die Reivindication, als die actio ad exhibendum gegen ihn Statt; zwar nicht dahin, daß er, als wahrer Besitzer, zur Herausgabe des Materials verurtheilt werden könnte: *ne urbs ruinis deformetur*; sondern er haftet mit jenen Klagen gleichsam als ein solcher, welcher sich arglistig des Besitzes entäußert hat, um sich der Vindication zu entziehen, für das volle, durch den Eid des Klägers zu würdernde Interesse. Hierauf bezieht sich, was Ulpian sagt *L.* 1. *et* 2. *D. de tigno iuncto.*

L. 1. Lex XII. Tabularum *neque solvere permittit tignum furtivum aedibus vel vineis iunctum, neque vindicare*: quod providenter Lex effecit: ne vel aedificia sub hoc praetextu diruantur, vel vinearum cultura turbetur; sed in eum, qui convictus est iunxisse, in duplum dat actionem.

§. 1. *Tigni* autem appellatione continetur omnis materia, ex qua aedificium constet, vineaeque necessaria. Unde quidam aiunt, tegulam quoque, et lapidem, et testam, caeteraque, si quae aedificiis sunt utilia: *tigna* enim a tegendo dicta sunt; hoc amplius et calcem et arenam *tignorum* appellatione contineri. Sed et in vineis *tigni* appellatione omnia vineis necessaria continentur, utputa perticae, pedamenta.

§. 2. Sed et *ad exhibendum danda est actio.* Nec enim parci oportet ei, *qui sciens alienam rem aedificio inclusit, vinxitve*: non enim sic eum convenimus, quasi possidentem, sed ita, *quasi dolo malo fecerit, quominus possideat.*

L. 2.

L. 2. cit. Sed si proponas tigni furtivi nomine aedibus iuncti actum: deliberari poterit, *an extrinsecus sit rei vindicatio*[53]? Et *esse non dubito.*

b) Wenn mir von einer gewissen Gattung von Sachen, von welcher mehrere Individuen in der Erbschaft befindlich sind, eine, welche ich mir wählen werde, vermacht worden ist. Hier ist die Exhibition nöthig, um wählen zu können. Denn ich kann nicht eher auf Auslieferung des Vermächtnisses klagen, als wenn ich gewählt habe. Ulpian sagt von diesem Falle *L.* 3. §. 6. *D. h. t.*

Item, si optare velim servum, vel quam aliam rem, *cuius optio mihi relicta est*, ad exhibendum me agere posse constat, ut *exhibitis*[54] possim vindicare.

Sollte

53) Das *extrinsecus* heißt hier soviel als *praeter et ultra actionem de tigno iuncto.* Ohne allen Grund ist daher die Emendation des Wesenbecs, welcher in seinem Commentar. ad §. 29. I. de rer. divis. für extrinsecus, *extincta* gelesen wissen will, wodurch offenbar ein ganz unrichtiger Sinn in den Text gebracht wird. S. POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. III. Lib. XLVII. Tit. 3. Nr. I. et not. b. pag. 414. *Bern. Io. van* HARSCAMP Disputat. de tigno iuncto. *Trajecti ad Rhen. 1730.* Cap. 5. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. novo Dissertat. iurid Belgicar.* Vol. II. Tom. I. Nr. VIII. pag. 443. sq.) und *Greg.* MAJANSII Disputationes iuris civ. Tom. II. Disputat. XLVIII. §. 9. sqq. pag. 204. sqq.

54) Haloander hat hier *exhibitum.* Allein diese Leseart ist offenbar falsch. Denn der Erbe darf bey einer optio legata nicht vorzeigen, was er will, sondern er muß alle zu dem legirten genus gehörige, und in der Erbschaft befindliche Sachen vorzeigen. *L. 4. et 5. D. de optione legata.* Die florentinische

Leseart

Sollte mir aber auch der Testirer die Wahl nicht selbst, sondern einem Dritten überlassen haben; so kann ich doch gegen den Erben ad exhibendum klagen, wie Ulpian nach Julians Meinung behauptet, wenn er sagt *L.* 3. §. 10. *D. h. t.*

Plus dicit *Iulianus*, etsi vindicationem non habeam, interim posse me agere ad exhibendum, quia mea interest exhiberi: utputa, si mihi servus legatus sit, *quem Titius optasset*: agam enim *ad exhibendum*, quia mea interest exhiberi[55]); ut Titius optet, et sic vindicem; quamvis exhibitum ego optare non possim.

II. Zuweilen kann die *actio ad exhibendum* als eine eigene Hauptklage gebraucht werden, wo durch sie keine andere Klage vorbereitet wird, sondern geradezu die Herausgabe einer gewissen Sache, oder Leistung des Interesse verlangt werden kann[56]). Dies geschieht in folgenden zwey Fällen.

1) Wenn

Leseart kann beybehalten werden, wenn man sie nur durch Hülfe einer Gemination ergänzt; man lese nun entweder mit *Herm.* CANNEGIETER Observation. iuris Rom. Lib. I. cap. 18. pag. 117. *exhibitis iis*; oder mit *Guil.* BEST Ratio emendandi Leges. Cap. XII. §. 1. pag. 194. (edit. *Lips. 1745.* 8.) *ex exhibitis.*

55) Die Worte: *quia mea interest exhiberi*, welche in der Florentinischen, und allen übrigen Ausgaben der Pandecten, die ich darüber verglichen habe, stehen, und auch in unserm Erlanger Pandecten Codex befindlich sind, fehlen in der Haloandrine, wie auch in dem Gebauerschen Corp. iuris bemerkt worden ist.

56) S. *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. iuxta seriem Digestor. Dec. XXX. Th. 10.

1) Wenn eine gewisse Sache des Klägers zufällig in den Besitz des Beklagten gekommen ist, welche der Inhaber nicht als Eigenthum in Anspruch nimmt. Hier kann der Eigenthümer, ohne Umwege, durch die *actio ad exhibendum* zu dem Besitz seiner Sache gelangen, wenn nämlich deren Herausgabe auch durch kein Interdict von dem Inhaber erzwungen werden konnte[57]). Z. E. durch Ueberschwemmung sind Sachen von meinem Grundstück auf eines Andern Grundstück gekommen[58]).

2) Wenn es durch den dolus oder durch die Culpa meines Gegners geschehen ist, daß die Sache nicht herausgegeben werden kann, an welcher mir ein gewisses Recht zusteht. Z. B. der Beklagte hat die Sache gänzlich corrumpirt, oder sie arglistig aus seinem Besitz geschafft, oder mir sonst die Rechtsverfolgung unmöglich gemacht. Hier kann die *actio ad exhibendum*, in Ermangelung anderer Rechtsmittel, gebraucht, und auf Leistung des durch den Eid des Klägers auszumittelnden vollen Interesse gerichtet werden[59]).

Aus dem allen ergiebt sich nun folgender allgemeiner Begriff von der *actio ad exhibendum*. Sie ist diejenige persönliche Klage, welche auf Exhibition einer gewissen beweglichen Sache wider jeden Besitzer derselben, oder wer sonst im rechtlichen Sinn dafür gilt, von demjenigen angestellet wird, dem wegen eines dinglichen oder persönlichen

57) THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 578. S. 22.

58) *L. 5. §. 3. 4. et 5. D. h. t. L. 9. §. 1. D. eodem.*

59) *L. 5. §. 2. L. 9. pr. §. 1. et 3. L. 14. D. h. t. §. 2. I. Quib. alien. licet. L. 11. §. 2. in fin. D. de reb. credit. L. 5. Cod. h. t.*

chen Rechts daran gelegen ist, daß ihm die Sache vorgezeigt, oder sogleich mit allem, was dazu gehört, herausgegeben, oder, sofern solches durch des Beklagten Schuld nicht geschiehet, oder nicht mehr geschehen kann, das Interesse geleistet werde.

Daß die actio ad exhibendum eine Personalklage sey, sagt Ulpian[60]) ausdrücklich. Gleichwohl behauptet Donellus[61]) gerade das Gegentheil, und hält die Klage für eine dingliche. Allein dieses Paradoxum hat schon Wissenbach[62]) hinlänglich widerlegt. Zwar hat die Klage gegen jeden dritten Besitzer Statt; allein dies hat sie mit mehreren persönlichen Klagen gemein, welche deswegen actiones in rem scriptae genennt werden. Darum entspringt sie so wenig, als die actio quod metus causa, oder die actio de pauperie, aus einem dinglichen Rechte. Wie sollte auch diese Klage eine Realklage seyn können, welche nicht einmal nothwendig erfordert, daß man ein dingliches Recht an der Sache habe, deren Exhibition man verlangt[63]), sondern auch schon wegen eines persönlichen Rechts begründet ist[64])? Daß die actio ad exhibendum aus keiner obligatio entstehen soll, ist ganz falsch. Freylich entspringt sie aus keinem Delict, noch Quasidelict. Denn es bedarf kaum einer Widerlegung, wenn Bu-

sius

60) *L. 3. §. 3. D. h. t.* Add. *§. 31. I. de actionib.*

61) Commentar. iuris civ. Lib. XX. cap. 9.

62) Commentation. cathedrar. in Libr. VII. priores Cod. ad L. 1. C. ad exhib. pag. 207.

63) *L. 3. §. 1. D. h. t.*

64) *L. 3. §. 7. D. eod. L. 12. §. 2. D. eod.*

sius [65]) ein factum suppressionis rei, quae exhiberi postulatur, als das Fundament derselben angiebt. Eben so wenig läßt sich diese Klage mit Noodt [66]) und Meier [67]) aus einem Quasi-Contract herleiten. Denn eine obligatio, welche weder aus einem Delict noch Contract entspringt, ist darum noch nicht zu denen zu rechnen, welche quasi ex contractu entstehen, zumal da hier der Besitzer sich durch kein Factum zur Exhibition verbindlich gemacht hat. Richtiger setzen Struv [68]), Huber [69]) und Westenberg [70]) den Grund der Klage in einer unmittelbaren, aus einer gesetzlich anerkannten Billigkeit entspringenden obligatio. Daher die *aequitas* und *necessitas exhibitionis*, von welcher die Gesetze hin und wieder sprechen [71]). Also eine obligatio, welche das Fundament der Personalklage ausmacht, ist allerdings vorhanden. Wie konnte denn nun aber Doneau dem großen Ulpian so geradezu ins Gesicht widersprechen, welcher so bestimmt sagt: *Est autem personalis haec actio* [72]) ? Sonderbar genug klingt seine Antwort: *actio personalis* heiße hier eine subjectiv-persönliche Klage, *quae personae cohaeret*, in dem Sinn, wie man sagt, servitus personalis, privilegium personale. Denn die Klage gehe nicht auf die Erben.

Qua

65) Comm. ad L. 3. D. h. t.

66) Commentar. ad Dig. h. t. pag. 244.

67) Colleg. Argentorat. Tom. I. h. t. §. 3.

68) Syntagm. iuris civ. Exercit. XV. Th. 30.

69) Praelect. iuris Rom. P. II. h. t. §. 1.

70) Dissertat. VII. de causis obligation. Cap. III. §. 14. et 15.

71) *L. 3. §. 14. D. L. 7. C. h. t.*

72) *L. 3. §. 3. D. h. t.*

Qua responsione, sagt Wissenbach, *nihil est ineptius*! und dabey mag es denn auch, statt einer weitern Widerlegung, sein Bewenden haben[73]). Man muß sich daher wirklich wundern, wie Bachow[74]) und Gudelinus[75]) dem Doneau haben beypflichten mögen?

Ob die actio ad exhibendum eine prätorische, oder Civilklage sey, ist ebenfalls streitig. Hellfeld hält sie für eine prätorische Klage. Eben so Hofacker[76]). Allein Lauterbach[77]), Westenberg[78]), und die meisten Rechtsgelehrten halten sie für eine Civilklage, weil sie vorzüglich, wie Ulpian[79]) sagt, propter vindicationes eingeführt worden ist. Anton Faber[80]) hingegen unterscheidet, ob sie wegen einer Civilklage, z. E. wegen der Reivindication, actio furti, u. d. oder ob sie wegen einer prätorischen Klage, z. B. wegen der actio hypothecaria angestellt wird. In jenem Falle sey die actio ad exhibendum eine Civilklage, in diesem aber eine prätorische. Gerade so wie die Noxalklagen nach Verschiedenheit der Hauptklagen, von denen sie eine adjectitia qualitas ausmachen,

bald

73) Man sehe noch COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 1. und EMMINGHAUS ad Eundem. not. n.

74) Tractat. de actionibus. Diss. II. Th. 24.

75) Commentarior. de iure novissimo Lib. III. cap. 13. §. *De actione ad exhibendum*. pag. 158.

76) Princip. iuris civ. Tom. III. §. 4006.

77) Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 2.

78) De causis obligation. Dissertat. VII. Cap. 3. §. 2.

79) *L. 1. D. h. t.*

80) De Errorib. Pragmaticor. Decad. XCII. Err. 5.

bald civiles, bald praetoriae sind [81]). Diese Meinung ist auch wohl die sicherste.

Noch ist zu bemerken, daß die Exhibition zuweilen im Prozeß nur einen Incidentpunct ausmacht, ohne daß die Klage ad exhibendum dazu erforderlich ist. Der Fall kann bey der Beweisantretung vorkommen, wenn dem Producenten daran gelegen ist, daß der streitige Gegenstand den Zeugen vorgewiesen werde. Hier kann in dem Präsentationsschreiben, mit welchem der Producent die Beweisartikel übergiebt, die Exhibition verlangt werden [82]).

§. 742.

Wem steht die actio ad exhibendum zu?

Auf Exhibition kann nun also ein jeder klagen, dem wegen eines dinglichen oder persönlichen Rechts daran gelegen ist, daß ihm eine gewisse Sache vorgezeigt, oder herausgegeben werde. Nicht jedes Interesse des Klägers ist also zur Begründung dieser Klage hinreichend, sondern man merke Folgendes.

I. Nur der hat ein gegründetes Recht auf Exhibition zu klagen, der eine wahrscheinliche und gerechte Ursache zur Anstellung einer Klage hat, welche ihm entweder in Ansehung der vorzuzeigenden Sache schon wirklich zusteht, oder die er durch die Exhibition zu erhalten hoffen kann. Wem also in Ansehung der Sache, deren Exhibition er verlangt, gar keine Klage zusteht, der kann nicht ad exhibendum

81) §. 4. I. *de noxalib. actionib.*

82) S. *Io. Tob.* CARRACH Adnotation. ad *Boehmerum* de actionib. pag. 111. Nr. IV.

dum klagen, wenn ihm auch noch so sehr daran gelegen wäre, daß ihm die Sache herausgegeben würde [83]). Z. B. der Dieb oder Räuber, wenn er den Besitz der gestohlnen oder geraubten Sache verlohren hat; nicht minder derjenige, welcher selbst ad exhibendum war belangt worden, wenn er während des Prozesses durch seine Schuld die Sache zu besitzen aufgehört hat; desgleichen derjenige, welcher von seinem Gegner die Vorlegung seiner Privatrechnungen verlangt, um eine Klage damit zu begründen; oder auch ein Studirender, wenn ihm daran gelegen wäre, ein gewisses Buch zu lesen, was ein Anderer besitzt, um seine wissenschaftlichen Kenntnisse dadurch zu bereichern. In allen diesen Fällen findet die actio ad exhibendum nicht Statt, wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

L. 3. §. 11. *D. h. t.* Si mecum fuerit actum ad exhibendum, ego ob hoc, quod conventus sum ad exhibendum actione, *agere ad exhibendum non possum: quamvis videatur interesse mea ob hoc, quod teneor ad restituendum.* Sed hoc non sufficit, alioquin et qui dolo fecit, quominus possideret, poterit ad exhibendum agere, *cum neque vindicaturus, neque interdicturus sit:* et fur vel raptor poterit: quod nequaquam verum est. Elegantur igitur definit *Neratius*, iudicem ad exhibendum hactenus cognoscere, *an iustam et probabilem causam habeat actionis* [84]); *propter quam exhiberi sibi desideret.*

L. 19.

83) S. *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 246. §. *Apparet igitur.*

84) Das Wort *actionis* fehlt bey Haloander; allein mit der Florentine stimmen fast alle Ausgaben überein. Nur Baudoza lieset: *habeat actor actionis.*

L. 19. *D. eodem.* Ad exhibendum poſſunt agere omnes, quorum intereſt. Sed quidam conſuluit, an poſſit efficere haec actio, ut rationes adverſarii ſibi exhiberentur, quas exhiberi magni eius intereſſet? Reſpondit, non oportere ius civile calumniari, neque verba captari, ſed, qua mente quid diceretur, animadvertere convenire. Nam illa ratione etiam ſtudioſum alicuius doctrinae poſſe dicere, ſua intereſſe, illos aut illos libros ſibi exhiberi: quia, ſi eſſent exhibiti, cum eos legiſſet, doctior et melior futurus eſſet.

Zwar nehmen die Geſetze [85]) einen Fall aus, wo derjenige, welcher weder gegenwärtig wegen der Sache, deren Exhibition er verlangt, eine Hauptklage hat, noch dergleichen aus der Exhibition erwarten darf, dennoch auf Exhibition mit Wirkung klagen kann. Nämlich wenn Jemand mit meinem Willen meine Rechnungen auf fremdes Papier geſchrieben hat. Hier kann ich eigentlich nach dem ſtrengen Recht weder vindiciren, noch ad exhibendum klagen. Allein die Billigkeit erfordert dennoch in dieſem Falle, daß mir eine Klage geſtattet werde. Julian nennt ſie jedoch nicht actio ad exhibendum, ſondern *actio in factum*, Ulpian ſtimmt ihm bey. Allein Voodt [86]) und Doneau [87]) behaupten, dieſe Klage ſey keine andere, als eine *actio ad exhibendum utilis*. Anton Faber [88]) hingegen läugnet

85) *L. 3. §. 14. D. h. t.*

86) Commentar. ad Dig. h. t. §. *Eſt autem caſus.* pag. 246.

87) Commentar. iuris civ. Lib. XX. cap. 9. pag. 1178.

88) De errorib. Pragmaticor. Decad. XCII. Err. 5. Man ſehe auch *Iuſt.* MEIERI Colleg. argentorat. Tom. I. h. t. §. 11. pag. 674.

läugnet schlechterdings, daß es eine actio ad exhibendum utilis gebe, und er hat den Ausspruch des Paulus für sich, welcher *L.* 16. *in fin. D. h. t.* ausdrücklich sagt: *Ad exhibendum autem utilis nulla constituenda est.*

Zuweilen kann eine Sache für uns an sich keinen Nutzen mehr haben, und doch kann uns an deren Auslieferung gelegen seyn, weil wir sie einem Andern, von dem wir sie erhalten haben, zurückgeben müssen. Hier kann man ad exhibendum klagen, weil man doch an der Sache selbst einen gegründeten Anspruch hat. Ulpian hat hiervon *L.* 18. *D. h. t.* folgenden Fall.

Solutione chirographo inani facto, et pignoribus liberatis, nihilominus creditor, ut instrumenta ad eum contractum pertinentia ab alio, quam debitore, exhibeantur, agere potest.

Die Schuld war also bezahlt, und die Frage war, ob wegen des Schuldscheins, der nun dem Gläubiger an sich nichts mehr nützte, gegen den Inhaber die actio ad exhibendum Statt habe. Ulpian gedenkt sich zwey Fälle.

1) Das Document befindet sich in den Händen des Schuldners. Hier versteht sich's, daß der Gläubiger nicht ad exhibendum klagen kann. Denn der Schuldner könnte ja selbst auf Zurückgabe des Schuldscheins mit der condictio sine causa gegen den Gläubiger klagen, wenn er das Document noch nicht zurück erhalten hätte, um so mehr kann er sich mit einer Exception gegen ihn schützen.

2) Ein Dritter hat den Schuldschein in Händen. Hier kann der Gläubiger ad exhibendum klagen. Denn ihm ist daran gelegen das Document zu haben, um es dem

Schuldner zurückgeben zu können. Dem Gläubiger steht daher wegen des Documents nicht nur rei vindicatio, sondern zuweilen auch actio furti zu [89]). Dies ist der wahre Sinn dieser Stelle, welchen Cujaz [90]) durch eine ohne alle Noth unternommene, Aenderung ganz entstellt hat. Cujaz will nämlich für creditor vielmehr *debitor*, und nachher für debitore, *creditore* lesen. Er kann nicht begreifen, wie der Gläubiger, nach getilgter Schuld, in Ansehung des ihm an sich unnütz gewordenen Documents, noch ein solches Interesse haben könne, um deshalb ad exhibendum zu klagen. Daß hingegen der Schuldner klagen könne, sey außer Zweifel, denn er könne auch das Document vindiciren. Um seine Emendation zu begründen, beruft er sich auf die Basiliken [91]), in welchen folgende Stelle vorkommt:

Ὁ χρεώστης καταβαλὼν ἅπερ ἀποφείλει, κινεῖ τὴν ἀποκαταστατικὴν ἀγωγὴν, ἀπαιτῶν καὶ τὸ χειρόγραφον αὐτῷ ἀναδοθῆναι, καὶ τὰ ἄλλα δικαιώματα τὰ ἀνήκοντα τῷ συναλλάγματι. i. e. *Debitor iis persolutis, quae debebat, restitutoriam actionem habet, si tam chirographum, quam instrumenta ad contractum pertinentia, reddi sibi postulat.*

Allein der große Cujaz hat sich hier gewaltig geirrt, wenn er diese Stelle der Basiliken, welche von einem ganz andern Falle redet, mit der *L.* 18. *D. b. t.* für ein und dieselbe hält. Er hat, welches dem großen Kritiker kaum zu verzeihen ist, vor lauter Emendationseifer gar nicht bemerkt, daß die Basiliken in dem Titel

89) *L.* 27. *pr. D. de furtis.*

90) Observation. Lib. IX. cap. 7.

91) Tom. II. Lib. XV. Tit. 4. Constit. 29. pag. 242. nach Fabrot.

Titel ad exhibendum neun Gesetze mehr haben, als unsere Pandecten, und daß unsere *L.* 18. auch in den Basiliken in eben der Ordnung, wie in den Pandecten, die *Constit.* 18. des Titels *ad exhibendum* ist, welche bey Fabrot Tom. II. pag. 240. folgendermaßen lautet:

Καὶ μετὰ τὸ λαβεῖν τὸ χρέος καλῶς ὁ δανειστὴς ἀπαιτεῖ τὰ τῶ χρέους ἄκυρα δικαιώματα κατεχόμενα παρ' ἑτέρου, πλὴν τῶ χρεώστου. i. e. *Et, soluto debito, recte creditor petit instrumenta debiti iam inania, possessa ab alio, quam a debitore.*

Die vom Cujaz aus den Basiliken angeführte Constit. 29. h. t. ist die *L. ult. C. h. t.* welche ganz irrig mit unserer *L.* 18. ist verwechselt worden, als welche vielmehr mit *L.* 27. *D. de pigner. act.* zu verbinden ist, denn beyde sind aus demselben Libro 6. Opinionum Ulpiani genommen. Da also selbst die Basiliken die Richtigkeit der Lesart unserer L. 18. bestärken, so haben Merillius [92]), Jensius [93]) und Pothier [94]) die Cujazische Aenderung mit Recht verworfen.

II. Der Kläger muß ein *interesse pecuniarium* haben, weshalb er die Exhibition verlangen kann; d. h. sein Interesse muß auf seine Vermögensrechte Bezug haben. Struv [95]) sagt: *Quod debeat nostra, ratione rerum seu*

92) Variantium ex Cujacio Lib. III. cap. 15.

93) Strictur. ad Rom. iuris Pandect. ad L. 18. h. T. pag. 97. (edit. *Lugd. Batav. 1764.* 4.)

94) Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. III. Not. b. pag. 322.

95) Syntagm. iuris civ. Exercit. XV. Th. 32. Man sehe auch Eckolt Compendiar. Pandect. Tractat. h. t. §. 3. et *Iust. Henn.* Boehmeri Doctr. de actionib. Sect. II. cap. II. §. 3.

bonorum ad nos pertinentium, intereſſe, ſive in rem acturi ſimus, ſive in perſonam. Noch genauer beſtimmt dieſes Juſtus Meier[96]), wenn er ſagt: *Intereſt* PECUNIARITER, *cum res actoris eſt, aut ius habet in ea, aut ipſi debetur, aut eius nomine habet actionem.* Ein anderes Intereſſe iſt zur Begründung der Klage nicht hinreichend. Daher hat die actio ad exhibendum nicht Statt, wenn ein freyer Menſch widerrechtlich von Jemand detinirt wird; ſondern ich kann blos durch das Interdictum de libero homine exhibendo darauf klagen, daß dem Beklagten anbefohlen werde, ihn loßzulaſſen, und auf freyen Fuß zu ſtellen. Ein intereſſe pecuniarium läßt ſich hier nicht denken. Cajus bemerkt dies ausdrücklich, wenn er *L.* 13. *D. h. t.* ſagt:

Si liber homo detineri ab aliquo dicatur, *Interdictum* adverſus eum, qui detinere dicitur, *de exhibendo eo* poteſt quis habere. Nam *ad exhibendum actio* in eam rem inutilis videtur, quia haec actio ei creditur competere, *cuius pecuniariter intereſt*[97]).

Dieſem iſt nicht entgegen, wenn Paulus ſagt *L.* 12. *pr. D. eodem.* De eo exhibendo, quem quis in libertatem vindicare velit, huic actioni locus eſſe poteſt. Denn hier iſt von einer aſſertio libertatis die Rede, welche eine Art von Vindication iſt, und allerdings ein intereſſe pecuniarium zum Grunde haben kann. Man ſetze, daß

96) Colleg. Argentorat. Tom. I. h. t. §. 4. pag. 669.

97) Man erinnere ſich, was bey dieſer Stelle ſchon oben §. 741. S. 177. f. bemerkt worden iſt. Der Ausdruck *pecuniariter* kommt auch *L. ult. D. de delict. privatis* vor.

daß ein Vater seinen Sohn, oder ein Patron seinen Freygelassenen in libertatem vindicirt. Hier ist der Vater wegen der Acquisition durch seinen Sohn, und wegen des Nießbrauchs, der ihm an dem Vermögen seines Sohnes zusteht; der Patron aber wegen der Dienste seines Freygelassenen, und des ihm zustehenden Erbrechts interessirt. Dies alles fällt in jenem Falle weg, wo das Interdictum *de libero homine exhibendo* anzustellen ist. Denn dies setzt voraus, daß der Zustand der Freyheit des Unterdrückten außer allem Streit sey[98]).

III. Daß Interesse des Klägers muß auf die Art, wie ausgeführt worden, nicht nur zur Zeit der angestellten Klage, sondern auch noch zur Zeit der Condemnation begründet seyn. *L.* 7. §. *ult. D. h. t.* sagt: Ibidem non male *Pomponius* iungit, eius, qui *ad exhibendum* egit, *utroque tempore interfuisse oportere*, rem ei restitui: hoc est, *et quo lis contestatur*, et *quo fit condemnatio.* Den erstern Zeitpunct erfordert iustum initium actionis. Der letztere aber ist darum zu berücksichtigen, weil die Condemnation des Beklagten auf das Interesse geht, wenn die Exhibition nicht erfolgt[99]). Diese kann nun nicht weiter Statt finden, wenn das vorige Interesse des Klägers aufgehört hat. Doneau[100]) erklärt dies auf folgende Art. Sit, sagt er, exempli gratia, qui acturus in rem,

98) *L.* 3. §. 7. *D. de homine lib. exhib.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. POTHIER Pand. Iustin. h. t. Nr. VII. *Iul.* PACIUS Εναντιοφαν. Centur. IX. Qu. 49. und DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XX. cap. 9. pag. 1178.

99) *L.* 9. *in fin. D. h. t.*

100) Comm. iur. civ. Lib. XX. cap. 9. pag. 1178.

tanquam dominus, ideo agat ad exhibendum. Si, quo tempore agit, dominus non eſt, non iure agit; quia iam ab initio nihil eius intereſt, rem exhiberi, ad exſequendam eam actionem, quam non habet, nec re exhibita ſperet habere. Si dominus eſt, recte quidem agit, ſed ſi inter moras exhibitionis rem alienaverit, aeque poſſeſſor abſolvendus eſt; quia actoris intereſſe deſiit, ſublata ea actione, propter quam actionem ad exhibendum inſtituit.

IV. Der Kläger muß ſein Intereſſe beweiſen. Hierüber cognoſcirt der Richter ſummariſch, mit Verwerfung aller weit ausſehenden Einreden des Beklagten, als welche in die Hauptklage gehören. Nur ſolche Einreden finden in der Regel hier Gehör, welche ſofort liquid, und ſo evident ſind, daß ſie die Intention des Klägers ſofort vernichten; z. B. die Zeugen ſind ſchlechterdings untüchtig[1]). Sind hingegen die Einreden von der Art, daß ſie eine weitläuftige Erörterung erfordern, ſo wird der Beklagte, derſelben ungeachtet, zur Exhibition verurtheilt, und mit ſeinen Exceptionen in die Hauptklage verwieſen. Die hierher gehörigen Geſetzſtellen ſind *L.* 3 §. 9. *et* §. 13. *D. h. t.* wo Ulpian ſagt:

Sciendum eſt autem, non ſolum eis, quos diximus, competere ad exhibendum actionem, verum ei quoque, cuius intereſt, exhiberi. *Iudex igitur ſummatim debebit cognoſcere, an eius interſit; non an eius res ſit:* et ſic iubere vel exhiberi; vel non, quia nihil intereſt.

Ibidem ſubiungit, iudicem per arbitrium ſibi ex hac actione commiſſum etiam exceptiones aeſtimare, quas poſſeſſor

1) S. DONELLI Commentar. iuris civ. c. l. pag. 1179.

poſſeſſor objicit: *et ſi qua tam evidens ſit, ut facile repellat agentem, debere poſſeſſorem abſolvi*; ſi obſcurior, vel quae habeat altiorem quaeſtionem, differendam in directum iudicium, re exhiberi iuſſa.

Es werden jedoch einige Exceptionen ausgenommen, welche der Richter nicht verwerfen darf, wenn ſie auch gleich noch auf weiterer Erörterung beruhen ſollten. Das ſind nämlich ſolche, welche aus einer Handlung des Klägers entſpringen, wodurch er ſich ſelbſt den Weg zur künftigen Klage verſpert hat [2]). **Ulpian** nennt folgende:

De quibusdam tamen *exceptionibus omnimodo ipſum debere diſceptare*, qui de*) ad exhibendum actione iudicat: veluti *pacti conventi*, *doli mali*, *iurisiurandi*, *rei quae iudicata eſt.*

Die *exceptio pacti* beſteht darin, wenn der Kläger mit dem Beſitzer die Uebereinkunft getroffen hat, daß er ſich der Klage, welche er jetzt intendirt, nicht bedienen wolle.

Exceptio iurisiurandi, wenn der Beſitzer bereits vorher, auf geſchehenen Eidesantrag des Klägers, geſchworen hat, die Sache gehöre ihm, oder ſie gehöre wenigſtens dem Kläger nicht.

Exceptio rei iudicatae, wenn der Kläger ſchon vorhin dieſer Sache wegen, weshalb er die Exhibition verlangt, Prozeß geführt hat, und das Urtheil wider ihn ausgefallen iſt.

Exceptio

2) S. DONELLUS c. l. pag. 1179.

*) So lieſet unſer Erlanger Pandecten Codex. Eben ſo Baudoza und Hugo a Porta. Haloander hat in. Die Florentine keins von beyden.

Exceptio doli, wenn der Kläger den Beklagten wegen der Sache betrogen hat, die er von ihm als die seinige zurückfordern will. Z. B. der Besitzer hatte die Sache dem Kläger verkauft; allein er war durch diesen auf eine hinterlistige Art zum Verkauf verleitet worden. Sollte nachher die Sache zufällig wieder an den Verkäufer zurückgekommen seyn, so kann er sich, wenn der Käufer sie als Eigenthümer vindiciren will, und deshalb vorläufig ad exhibendum klagt, mit der Einrede des Betrugs schützen.

Böhmer[3]) erfordert zwar auch bey diesen Einreden Liquidität. Justus Meier[4]) hingegen glaubt, diese Einreden wären darum ausgenommen, weil sie keine weitläuftige Erörterung bedürfen. Allein die *L.* 3. §. 13. *h. t.* sagt ganz deutlich: De his exceptionibus *omnimodo* iudicem debere disceptare. Das Wort *omnimodo*, so wie das in den Basiliken[5]) vorkommende πάντως, begreift aber unstreitig beyde Fälle unter sich, die Erörterung dieser Einreden mag mit Schwierigkeiten und Weitläuftigkeiten verbunden seyn, oder nicht. Den wahren Grund dieser Ausnahme giebt Doneau[6]) richtiger auf folgende Art an:

„Has exceptiones quatuor excepit potissimum *Ulpianus* ex omnium numero, optima ratione, quia nascuntur ex facto actoris, sibi ipsi futuri iudicii causas eo facto praecidentis: ut qui pactus sit ea de re; qui

3) Doctr. de actionib. Sect. II. cap. II. §. 6.

4) Colleg. Argentorat. Tom. I. h. t. §. 9. pag. 673.

5) Tom. II. Lib. XV. Tit. 4. Const. 3. §. 11. p. 233.

6) Comm. iur. civ. cit. loc. pag. 1179.

qui controverſiam iureiurando, aut iudicio ſuſtulerit; qui dolo ſuo inutilem venditionem ſibi conſtituerit. Haec facta auctori ſuo perpetuo nocere aequum eſt.“

V. Der Kläger muß alle Merkmale der Sache, wodurch ſie ſich von andern unterſcheidet, in ſeinem Klagſchreiben genau angeben, damit der Beklagte darnach beurtheilen könne, ob er die Sache beſitzt. Ulpian giebt dieſes Erforderniß ausdrücklich an, wenn er *L.* 3. *pr. D. h. t.* ſagt:

In hac actione actor omnia noſſe debet, et dicere *argumenta rei*, de qua agitur.

Cornelius van Bynkershök[7]) glaubt zwar, der Kläger müſſe durch die actio ad exhibendum erſt die Merkmale der Sache kennen lernen, um ſie bey der künftigen Vindication deſto genauer zu bezeichnen, und will daher ſtatt *dicere* vielmehr *diſcere* leſen. Pothier[8]), Heineccius[9]), Wächter[10]) und Joh. Wilhelm Hoffmann[11]) ſtimmen ihm auch hierin bey. Allein Gerhard Noodt[12]), Johann Jenſius[13]) und Joh. Heinrich von Berger[14]) haben dieſe Emendation mit Recht verworfen.

7) Praefat. ad IV. Libros prior. Obſervation. iuris Rom. §. *Sed quia.*

8) Pandect. Iuſtin. Tom. I. h. t. Nr. XX. not. g. pag. 324.

9) Opuscul. poſtum. ad Edictum perpet. Tit. 57. not. b. pag. 543.

10) Opusc. iurid. a *Trotzio* edit. pag. 464.

11) Meletemat. ad Lib. X. Pand. in Thes. iuris controv. Nr. VIII.

12) Commentar. ad Dig. h. t. pag. 244.

13) Strictur. ad Rom. iuris Pand. Lib. X. h. t. pag. 93. (*Lugd. Batav. 1764.* 4. maj.)

14) Oeconom. iuris Lib. III. Tit. 13. Th. 1. Not. 4.

worfen. Immerhin mögen einige Handschriften *discere* lesen, wie bey Haloander, Baudoza, und in der Ausgabe apud Sennetonios *Lugduni* 1549. am Rande angemerkt worden ist; so ist doch diese Leseart offenbar falsch. Denn erstens steht das *discere* mit den vorhergehenden Worten *omnia nosse debet*, in einem evidenten Widerspruche. Muß der Kläger alle Merkmale der Sache kennen, deren Exhibition er verlangt, so darf er sie ja nicht erst durch die actio ad exhibendum kennen lernen [15]). Sodann widerstreitet die Auctorität der florentinischen Pandecten. Nicht minder sind die Basiliken [16]) der Bynkershökischen Conjectur entgegen, als welche vielmehr die gemeine Leseart bestärken. In denselben lautet nämlich unsere Stelle so:

Ο ἐνάγων ὀφείλει τὰ γνωρίσματα λέγειν τοῦ πράγματος.

i. e. *Qui ad exhibendum agit, argumenta et indicia rei dicere debet.*

Aus allen erhellet also soviel, daß *dicere* hier nichts anders heißt, als *edere*, angeben; und *argumenta rei* bedeuten die Kennzeichen und Eigenschaften einer Sache, wodurch sie sich von andern Sachen unterscheidet [17]).

Es

15) Wächtler bemerkt zwar, daß in der edit. Pand. *Chevalloniana* statt nosse stehe *noscere*. Allein das kann hier nicht in Betrachtung kommen.

16) Tom. II. Lib. XV. Tit. 4. Const. 3. pag. 231.

17) In dieser Bedeutung kommt das Wort *argumentum* auch *L. 34. §. 2. D. de auro et arg. leg.* vor. S. *Io. Guil.* MARCKARTI Interpretation. receptar. iuris civ. Lection. Lib. I. cap. 8.

Es kann demnach nur als Ausnahme von der Regel gelten, wenn es bey Noxalklagen dem Kläger, welcher den Sklaven, der ihm den Schaden zugefügt hatte, nicht mit Namen anzugeben wußte, verstattet war, auf Darstellung der ganzen Sklaven-Familie des Beklagten zu klagen, um den Sklaven näher kennen zu lernen, und auszusuchen, welcher den Schaden angerichtet hatte. Doch konnte auch hier der Kläger eine solche Exhibition anders nicht verlangen, als wenn er wenigstens durch Anzeigen wahrscheinlich machen konnte, daß er von einem der Sklaven des Beklagten beleidiget worden sey [18]), wie aus folgender Stelle des Ulpians erhellet.

L. 3. §. 7. *D. h. t.* Si quis noxali iudicio experiri velit, ad exhibendum ei actio est necessaria. Quid enim, si dominus quidem paratus sit defendere, actor vero destinare non possit, nisi ex praesentibus; quia aut servum non recognoscit, aut nomen non tenet. Nonne aequum est, ei familiam *exhibere* [19]), ut noxium servum adgnoscat? *Quod ex causa* [20]) *debet fieri, ad designandum eum, cuius nomine noxali quis agit, recensitione* [21]) *servorum facta* [22]).

Die

18) S. IENSIUS in Strictur. cit. pag. 96.

19) Statt *exhibere* liefet unser Erlanger Pandecten-Codex besser *exhiberi.*

20) Die Worte: *ex causa* erklärt NOODT in Comm. ad Pand. h. t. pag. 244. §. *Hoc non omittam* durch causa cognita.

21) Haloander hat *recensione.* Eben so unser Erlanger Pandecten-Codex.

22) Man verbinde damit *L.* 3. §. 2. *D. de Publicanis.*

Die Unbekanntschaft des Klägers mit dem Gegenstande, dessen Exhibition er verlangte, verdiente in diesem Falle um so mehr Nachsicht, weil es hier auf ein Delict ankam, welches nicht unbestraft bleiben konnte. Es wäre wenigstens höchst ungerecht gewesen, wenn diese Unbekanntschaft dem Sklaven zur Impunität dienen, und den Beschädigten um sein Recht, Schadensersatz zu fordern, hätte bringen sollen [23]).

Aus dem vorigen ergiebt sich endlich,

VI. daß die actio ad exhibendum nur eigentlich bey beweglichen Sachen Statt habe, insofern es nämlich auf eine Vorzeigung ankommt, um sein Recht an der Sache verfolgen zu können [24]). Eine solche Vorzeigung läßt sich nun aber bey unkörperlichen Sachen nicht denken, unbewegliche Sachen hingegen brauchen nicht erst von einem Andern vorgezeigt zu werden, man kann sie ja schon von selbst in Augenschein nehmen [25]). Viele [26]) wollen jedoch den Fall ausnehmen, wenn dem Kläger die Lage oder Gränzen eines Grundstücks unbekannt seyn sollten. Hier könne der Kläger durch die actio ad exhiben-

23) S. DONELLI Comment. iur. civ. Lib. XX. cap. 9. §. *Actio quoque* pag. 1177.

24) *L. 56. D. de procurator. L. 22. D. de Verb. Significat. L. 6. D. ad exhib.*

25) L. 2. C. *Quando et quibus.*

26) ECKOLT Compend. Pandectar. Tractat. h. t. §. 5. *de* BERGER Oeconom. iuris Lib. III. Tit. 13. Th. 1. Not. 3. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 10. BOEHMER iur. Dig. h. t. §. 8. HOMMEL ad *Menckenii* Introduct. in doctrinam de actionib. for. not. 1251. pag. 390. HOFACKER Princip. iuris civ. R. G. cura GMELIN Tom. III. §. 4006. not. h. u. a. m.

exhibendum mit Recht fordern, daß ihm der Beklagte diese angebe. Z. B. es ist mir ein Grundstück vermacht worden, und ich weis nicht, wo es liegt. Man beruft sich deswegen auf die *L.* 8. *D. h. t.* wo Julian sagt:

Si *ad exhibendum* actum est cum eo, qui neque possidebat, neque dolo malo fecerat, quominus possideret, deinde eo defuncto heres eius possidet rem, exhibere cogendus erit. Nam si fundum vel hominem petiero, et heres ex eadem causa possidere coeperit, restituere cogitur.

Allein Julian sagt hier mit keinem Worte, daß die actio ad exhibendum bey unbeweglichen Sachen Statt habe; sondern er will nur soviel sagen, der Erbe desjenigen, welcher ad exhibendum war belangt worden, könne, ohne gegen ihn eine neue Klage anstellen zu dürfen, zur Exhibition genöthiget werden, wenn er die Sache besitzt, die sein Erblasser weder besaß, noch arglistig zu besitzen aufgehört hatte, und die Klage sey also in diesem Falle nicht vergeblich angestellt. Denn auch bey der Reivindication, welche durch die actio ad exhibendum gewöhnlich vorbereitet wird, sey es eben so, wenn nämlich der Erbe den Besitz der Sache verlangt haben sollte, welchen der Erblasser noch nicht hatte, gegen welchen gleichwohl die Reivindication aus Irrthum war angestellet worden. Das Beyspiel, welches hier Julian vom fundus anführt, geht blos auf die Reivindication, bey welcher es angeführt wird, aber nicht auf die actio ad exhibendum. Es findet sich demnach auch nicht eine einzige Gesetzstelle, welche jene Meinung begründet. Vielmehr ist es sehr merkwürdig, daß überall, wo der actio ad exhibendum Erwähnung

geschiehet,

geschiehet, auch von beweglichen Sachen die Rede ist. Ich will hier, außer den schon oben vorgekommenen Stellen, hier nur einer einzigen noch gedenken, die mir besonders merkwürdig zu seyn scheint. Licinius Rufinus sagt nämlich *L.* 38. *in fin. D. de iudiciis.*

Si per in rem actionem legatum petetur, etiam ibi peti debet, ubi res est. Et, si *mobilis sit res*, ad exhibendum agi cum herede poterit, ut exhibeat rem: sic enim vindicari a legatario poterit.

Die hier mit besonderem Bedacht beygefügte Bestimmung: *si mobilis sit res*, wäre, wie Justus Meier [27]) sehr richtig bemerkt, ganz überflüßig, wenn sie nicht der actio ad exhibendum eigen wäre. Ich läugne nicht, daß bey unbeweglichen Sachen, die man fodern kann, zuweilen die Lage oder Gränzen unbekannt seyn können, allein deswegen bedarf es doch dieser Klage nicht. Denn, man setze, daß mir ein solches Grundstück vermacht worden sey, so geht schon hierauf die Klage mit, die mir wegen des Vermächtnisses zusteht. Magis est, sagt Huber [28]), ut hoc in ipsa legati actione contineatur; scilicet, ut heres condemnetur ad fundum legatum, ubicunque sit, praestandum; actionem ad exhibendum ea gratia dari, ab iuris usu alienum videtur. Hierin stimmen auch Voet [29]), Böckelmann [30]) und Schulting [31]) überein.

Kommt

27) Colleg. Argentorat. Tom. I. h. t. §. 6. pag. 671.

28) Praelect. iuris Rom. P. II. h. t. §. 6. in Respons. ad Schol. pag. 417. (edit. *Franequer. 1689.* 4.)

29) Commentar. ad Pand. h. t. §. 1.

30) Commentar. in Dig. h. t. §. 7.

31) Thes. controversar. Decad. XXX. Th. 9.

Kommt es nicht gerade auf Vorzeigung einer Sache an, sondern die Klage ad exhibendum wird auf Herausgabe oder auf Ersatz einer schuldigen Sache gerichtet, so kann jede Sache, auch eine unkörperliche, der Gegenstand dieser Klage seyn. Einen dahin gehörigen merkwürdigen Fall erzählt **Ulpian** aus dem **Marcellus** *L.* 9. §. 4. *D. h. t.*

Marcellus scribit, si tibi decem numismata sint sub conditione legata, et mihi decem ususfructus pure, deinde heres pendente conditione, *non exacta cautione*, decem fructuario solverit, *ad exhibendum eum actione teneri: quasi dolo fecerit, quominus possideret.* Dolus autem in eo est, *quod cautionem exigere supersedit a fructuario*: effectumque, ut legatum tuum evanesceret, cum iam nummos vindicare non possis. *Ita demum autem locum habebit ad exhibendum actio, si conditio extiterit legati.* Potuisti tamen tibi prospicere stipulatione legatorum: et si prospexisti, non erit tibi necessaria ad exhibendum actio. Si tamen ignarus legati tui, a fructuario satis non exegit, dicit *Marcellus*, cessare *ad exhibendum*: scilicet quia nullus dolus est. Succurrendum tamen legatario *in factum adversus fructuarium actione*, ait.

Marcellus entscheidet hier folgenden Fall. A. hat dem B. eine Summe Geld vermacht, aber unter einer gewissen Bedingung, mir aber den Nießbrauch von dieser Summe, und zwar unbedingt. Daß ein solches Legat, vermöge des schon an einem andern Orte (Lib. VII. Tit. 4.) erklärten Senatusconsultum vom Quasi-Usufructus gilt, hat keinen Zweifel. Allein zu bemerken ist, daß B. in die-

sem Falle an dem Nießbrauche Antheil nimmt, sobald die Bedingung existirt. Julian sagt dieses ausdrücklich *L.* 6. *D. de usufr. ear. rerum, quae usu consum.* wo es heißt: Si tibi decem legata fuerint, mihi eorundem decem (millium) ususfructus: fient quidem tua tota decem millia, sed mihi quinque numerari debebunt; *ita ut tibi caveam, tempore mortis meae aut capitis deminutionis restituiri.* Nam et si fundus tibi legatus fuisset, et mihi eiusdem fundi ususfructus: haberes tu quidem totius fundi proprietatem, sed partem cum usufructu, partem sine usufructu; et non heredi, sed tibi caverem boni viri arbitratu. Also der Nießbrauch der vermachten Summe wird unter uns getheilt. So lange indessen die Bedingung noch schwebt, habe ich den Genuß allein. Nun setze man, der Erbe habe mir pendente conditione die ganze Summe ausgezahlt, aber keine Caution gefordert, daß ich die Hälfte davon dem B. restituiren solle, wenn die Bedingung des Legats existiren wird. Hierauf tritt die Bedingung wirklich ein. Das Geld ist aber nicht mehr da. Wie hilft sich hier der Legatar, um seine Hälfte zu bekommen? Marcellus unterscheidet, ob dem Erben das Legat bekannt war, und derselbe dennoch die Caution sich von dem Usufructuar bestellen zu lassen unterließ, oder ob ihm solches unbekannt war. Im ersten Fall kann B. gegen den Erben ad exhibendum klagen, denn der Erbe ist hier als ein solcher anzusehen, qui dolo possidere desiit. Sein dolus besteht darin, daß er keine Caution gefordert hat. Hätte sich jedoch der Legatar von dem Erben die gewöhnliche Caution wegen seines bedingten Vermächtnisses bestellen lassen, (S. Tit. Pand. *ut legatorum s. fideicommissor. servandorum causa caveatur.* XXXVI. 3.) so kann er sich auch an diese halten.

halten. Im letztern Falle hingegen fällt die actio ad exhibendum weg, weil hier der Erbe sich keiner Arglist schuldig gemacht hat. Der Legatar klagt also gegen mich, den Usufructuar, mit der actio in factum, daß ich ihm seinen Antheil herauszahle *).

Man pflegt heut zu Tage die actio ad exhibendum, in sofern sie blos auf Vorzeigung einer Sache geht, zugleich mit der Hauptklage, welcher dadurch der Weg gebahnt werden soll, in demselben Libell zu verbinden [32]). Diese Cumulation wird auch von unsern Practikern zur Abkürzung des Prozesses vorzüglich angerathen [33]). Zwar muß auch in diesem Falle erst über das vorbereitende Gesuch verfahren, und entschieden werden; dann aber bedarf es keines neuen Libells, um zu der Hauptklage in dem Verfahren überzugehen [34]).

*) S. *Iac.* CUJACII Recitatt. solemnes ad Lib. X. Dig. h. t. ad *L. 3. §. 14.* (*Operum* a FABROTO editor. Tom. IV. P. I. pag. 638.)

32) Ein Formular eines solchen Libells giebt CARRACH in Adnotat. ad *Boehmeri* doctr. de actionib. pag. 112.

33) VINNIUS in Commentar. ad §. 3. I. de officio iud. ad verba: *Fructuum medii temporis.* ECKOLT Compendiar. Pandect. Tractat. h. t. §. 1. MENCKEN Introd. in doctr. de actionib. for. Sect. IV. Cap. I. Membr. I. §. 10. pag. 392 u. a. m. Anderer Meinung ist jedoch *Barthol. Leonh.* SUENDENDÖRFER ad *Eckoltum* cit. loc. pag. 321.

34) S. den 4. Th. dieses Commentars. §. 284. e. S. 31. f. und GROLMANS Theorie des gerichtl. Verfahrens in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten. §. 167. S. 331. folg.

§. 743.

Gegen wen hat die actio ad E. Statt?

Die Klage kann gegen jeden angestellt werden, der es in seiner Gewalt hat, die Sache zu exhibiren, er sey Civil- oder blos natürlicher Besitzer. Ja wenn er auch gleich nicht einmal im juristischen Sinn Besitzer, sondern ein bloßer Inhaber oder Detentor der Sache ist. Folgende Stellen verdienen hier bemerkt zu werden.

L. 3. §. *ult. D. h. t.* Sciendum est, adversus possessorem hac actione agendum: non solum eum, qui *civiliter*, sed et eum, qui *naturaliter* incumbat possessioni. Denique creditorem, qui pignori rem accepit, ad exhibendum teneri placet. D. h. Es kommt bey der actio ad exhibendum gar nicht darauf an, ob der Beklagte die Sache unter Umständen besitzt, unter welchen er durch Usucapion das Eigenthum der Sache erwerben könnte, oder nicht. Sie geht daher zum Beyspiel (so muß hier das Wort: *denique* erklärt werden [35]) auch gegen den Gläubiger, dem die Sache, deren Vorzeigung verlangt wird, zum

35) Das Wort: *denique* ist schon mehrmals in der Bedeutung vorgekommen, da es den Uebergang von der Regel zur Anwendung oder eine Folge aus dem Vorhergehenden bezeichnen soll. Diese Bedeutung hat auch Herr von Savigny in seinem klassischen Werke vom Recht des Besitzes §. 7. S. 47. insonderheit bey der *L.* 3. §. 15. *D. h. t.* bemerkt, und sie noch aus mehreren andern Stellen erwiesen. Er hätte sich auch auf die *Basilica* berufen können, in welchen Tom. II. Lib. XV. Tit. 4. pag. 233. unsere Stelle so übersetzt ist: ὅθεν καὶ ὁ λαβὼν εἰς ἐνέχυρον τὸ πρᾶγμα — ἐνάγεται. i. e. *ideoque et cum eo, qui pignori rem accepit, — agitur.*

zum Pfande gegeben worden, wenn er gleich kein Civilbesitzer ist[36]).

L. 4. D. h. t. Nam et cum eo, apud quem deposita, vel cui commodata, vel locata res sit, agi potest.

L. 5. D. eodem. Celsus scribit, si quis merces, quas exvehendas conduxit, in horreo posuit, cum conductore ad exhibendum agi potest. Item, si mortuo conductore heres existat, cum herede agendum. Sed si nemo heres sit, cum horreario agendum: nam si a nullo, inquit, possidentur, verum est, aut horrearium possidere, aut certe ille est, qui possit exhibere. Idem ait: Quomodo autem possidet, qui vehendas conduxit? an quia pignus tenet? Quae species ostendit, etiam eos, qui facultatem exhibendi habent, ad exhibendum teneri.

L. 5. § 1. D. eod. Iulianus autem ita scribit, ad exhibendum actione teneri eum, qui rerum vel legatorum servandorum causa in possessione sit. Sed et eum, qui ususfructus nomine rem tenet: quamvis nec hic utique possideat. Inde *Iulianus* quaerit, quatenus hos oporteat exhibere? Et ait, priorem quidem sic, ut actor possessionem habeat: is autem, cum quo agetur, rei servandae causa, sit in possessione: eum vero, qui usumfructum habeat, sic, ut actor rem possideat: is, cum quo agetur, utatur fruatur.

36) *L. 13. pr. L. 16. D. de usurpat. et usucap.* S. THIBAUT Animadversion. de naturali et civ. possessione, adject. CUPERI Observationib. select. de natura possessionis, denuo ab Eo editis pag. 159.

Es schien weniger zweifelhaft zu seyn, daß der Gläubiger, welcher die Sache, die der Kläger zu sehen verlangt, als ein Faustpfand besitzt, ad exhibendum verbunden sey, als bey einem bloßen Detentor. Denn ist gleich jener kein Civilbesitzer, in Absicht auf Usucapion, so besitzt er doch in jeder andern juristischen Rücksicht [37]), wie Javolen lehrt, wenn er *L.* 16. *D. de usurpat. et usucap.* sagt:

Qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet: *quod ad reliquas omnes causas pertinet*, qui accepit, possidet.

Er hat daher das Recht der possessorischen Interdicte, nicht nur gegen Fremde, z. B. interdictum: Uti possidetis et Utrubi, welche nur dem creditor, qui in possessionem rei servandae causa missus est, darum abgesprochen werden, weil dieser keinen juristischen Besitz hat [38]); sondern auch gegen den Schuldner selbst [39]). Sein Besitz ist also eine wahre possessio im juristischen Sinn [40]). Denn nur ein solcher Besitz ist Bedingung der Interdicte [41]). Es hatte folglich auch keinen Zweifel, daß die actio ad exhibendum gegen ihn Statt habe. Allein alle übrige, welche in den angeführten beyden andern Gesetzstellen genennt

37) S. *Franc.* DUARENUS in Comment. ad L. 1. §. *Per servum corporaliter.* D. de acquir. possess. (Operum pag. 626.) und *Chr. Aug.* GÜNTHER Princip. iuris. Rom. privati noviss. Tom. I. §. 264.

38) *L. 3. §. 8. D. Uti possidet.* S. GALVANUS de Usufructu. Cap. 33. Nr. VII. pag. 461. edit. *Tübing.*

39) *L. 6. §. 4. D. de precario.*

40) *L. 35. §. 1. L. 37. D. de pignerat. act.*

41) S. von Savigny Recht des Besitzes §. 7. S. 61.

nennt werden, der Depositar, der Commodatar, der Pachter, der creditor in possessionem missus, u. s. w. sind keine possessores im juristischen Sinn. Von diesen wird gesagt: *tenent*, sed non *possident*[42]). Alle diese haben daher auch das Recht der possessorischen Interdicte nicht[43]). Bey diesen schien es also zweifelhaft zu seyn, ob die actio ad exhibendum auch gegen sie gehe. Denn diese Klage war, wie Ulpian sagt, hauptsächlich wegen der Vindication eingeführt. Nun waren die Römischen Rechtsgelehrten darüber nicht einig, ob die Reivindication auch gegen denjenigen Statt habe, bey dem eigentlich im juristischen Sinn gar keine Possession angenommen werden kann, sondern welcher die Sache blos körperlich detinirt[44]). Pegasus behauptete, sie setze von Seiten des Beklagten immer eine wahre possessio, d. i. einen solchen Besitz voraus, der wenigstens das Recht zu Interdicten begründet. Vermuthlich dachte also Pegasus auch eben so von der präparatorischen Klage ad exhibendum. Allein Ulpian entschied gegen ihn, und stellte den Grundsatz auf, *ab omnibus qui tenent, et habent restituendi facultatem, peti posse.* Diesem gemäß behauptet nun auch eben dieser Ulpian hier: *omnes, qui facultatem exhibendi habent, ad exhibendum actione teneri, quamvis proprie non possideant.* In Ansehung der *L.* 5. wo Ulpian dieses sagt, scheint mir jedoch Manches noch einer näheren Erläuterung zu bedürfen.

42) *L. 9. D. de rei vindicat. L. 10. §. 1. D. de acquir. vel amitt. possess. L. 3. §. 8. D. Uti possidet. L. 6. §. 2. D. de precario.*

43) *L. 1. §. 10. D. de vi. L. 3. §. 8. D. Uti possidet.*

44) *L. 9. D. de rei vindicat.*

Ulpian trägt im Anfange desselben folgenden Fall vor. Es hat Jemand einem Fuhrmann Waaren zum Transport gegeben. Dieser hat sie einstweilen in einem Magazin niedergelegt. Nun entstand Zweifel, welches die rechten Waaren sind. Um sich dies erklären zu können, muß ich bemerken, daß *horrea* bey den Römern solche Gebäude hießen, worin Feldfrüchte, Wein, Kaufmannsgüter, Kunstsachen, ja oft Sachen von größtem Werth niedergelegt und aufbewahrt wurden[45]). In einem solchen Magazine oder Vorrathshause befanden sich also gewöhnlich Sachen, die verschiedenen Eigenthümern zugehörten. Dem Eigenthümer der zum Transport gegebenen Waaren war also daran gelegen, zu wissen, welches seine Waaren sind, und ob auch der Fuhrmann die rechten Waaren aufgeladen habe. Gegen wen mußte nun also auf Vorzeigung geklagt werden? Celsus entscheidet so. Zunächst muß gegen den Fuhrmann geklagt werden, der die Waaren in Empfang genommen hat. Wäre dieser unterdessen gestorben, so ist entweder ein Erbe da, oder nicht. In jenem Falle muß gegen diesen geklagt werden; in dem letztern aber gegen den Eigenthümer des Horreums. Daß die actio ad exhibendum gegen den horrearius Statt habe, erklärte sich leicht. Denn besitzt weder der Fuhrmann, noch desselben Erbe die Waaren, (dies sollen offenbar die Worte: *nam si a nullo possiden-*

45) *L. 6. pr. D. de edendo. L. 74. D. de contr. emt. vendit. L. 60. §. 6. D. locati. L. 3. §. 2. D. de officio praefecti vigil. L. 32. §. 4. D. de auro. arg. L. 30. §. 4. D. ad L. Falcid.* Man vergleiche hier vorzüglich *Barn.* BRISSONIUS Selectar. ex iure civ. Antiquitat. Lib. IV. cap. 18. und *Herm.* CANNEGIETER Observation. iuris Rom. Lib. II. cap. 3. pag. 150. sq.

possidentur, heißen, und es ist gar nicht nöthig, mit Anton Faber [46]) statt a nullo *ab ullo* zu lesen), so muß sie entweder der horrearius entwendet haben [47]), oder sie befinden sich noch in seiner Niederlage, und dann kann er sie exhibiren. Allein aus welchem Grunde konnte der Fuhrmann ad exhibendum belangt werden? Dieser ist doch auf keine Weise als juristischer Besitzer zu betrachten. Man müßte denn etwa sagen, er habe die Waaren als ein Pfand in Händen. Dies scheint mir der Sinn der Worte zu seyn: *an quia pignus tenet?* Cujaz [48]) versteht sie zwar so, daß der Fuhrmann, wegen des ihm schuldigen Fuhrlohns, ein stillschweigendes Pfandrecht habe, und beruft sich auf *L.* 6. §. 2. *D. Qui potior. in pign.* Zu dieser Erklärung scheint die Lesart in den glossirten Handschriften: *an quia pignori tenet?* Anlaß gegeben zu haben, welche jedoch auch bey Haloander und Baudoza vorkommt. Eben so Galvanus [49]). Allein Pothier [50]) erklärt die von Cujaz angeführte Stelle richtiger von dem

46) Rational. in Pandect. ad h. L. Tom. II. P. II. pag. 463. Richtiger sagt die Glosse ad h. L. ad verba: *Si a nullo*, id est, nec a conductore, nec ab herede eius.

47) So erklärt das *possidere* für possessionem invadere, *Engelbert de* MAN in Diss. de thesauro ad L. 3. §. 3. D. de acquir. vel amitt. possess. *Trajecti ad Rhen. 1740.* §. 27. (in *Ger.* OELRICHS *Thesaur. Dissertation. iuridic. Belgicar.* Vol. I. Tom. II. Nr. XVII. pag. 368.)

48) Recitation. solemnes ad Lib. X. Dig. h. L. 5. h. t. (*Operum* a FABROTO *editor.* Tom. IV. P. I. pag. 641.)

49) De Usufructu Cap. 33. nr. VII. pag. 461.

50) Pandect. Iustinian. Tom. I. Lib. XX. Tit. 4. Nr. XXVI. not. c. pag. 573.

dem Falle: *Si convenerit, ut pro hac mercede merces essent pignori.* Anton Faber [51]) hingegen glaubt vielmehr, es sey hier von keinem eigentlichen Pfandrechte die Rede, sondern der Fuhrmann könne die Waaren, gleichsam als ein Pfand, so lange zurückhalten, bis ihm das Fuhrlohn bezahlt worden ist. So rede Julian auch *L.* 13. §. 8. *D. de act. emti vend.* von dem Retentionsrechte des Verkäufers, so lange das Kaufgeld noch nicht bezahlt ist. Diese Erklärung scheint allerdings dem Sinn des Gesetzes gemäßer zu seyn. Denn Celsus sucht hier blos einen Grund auf, warum auch der bloße Detentor ad exhibendum belangt werden könne. Dann hat diese Erklärung auch die Auctorität der Basiliken [52]) für sich, in welchen diese Stelle so lautet:

Εὰν τις ἐπὶ τῷ μεταγαγεῖν Φορτία μισθωσάμενος, ἀπόθηται ἀυτὰ ἐν ὁρίῳ, ἀυτὸς καὶ ὁ κληρονόμος ἀυτε ἐναίγονται τῇ παραςάσει ἀυτῶν. ἀυτοὶ γὰρ ἀυτὰ δοκοῦσιν ὡς ἐνέχυρον νέμεσθαι. i. e. *Si quis merces, quas transvehendas conduxit, in horreo reposuerit, cum ipso, et cum herede eius ad exhibendum agi potest: ipsi enim eas videntur possidere quasi pignus.*

Doch bedarf es dieses Grundes nicht einmal. Denn der Hauptgrund bleibt immer der, daß es bei der actio ad exhibendum gar nicht darauf ankommt, ob derjenige, welcher belangt wird, im juristischen Sinn Besitzer ist, sondern nur darauf allein, ob es in seiner Macht steht, die Sache zu exhibiren. Dies ist der Sinn der letzten Worte: *Quae species ostendit, — ad exhibendum teneri.*

In

51) Rational. in Pand. c. 1.

52) Tom. II. Lib. XV. Tit. 4. Constit. 5. pag. 233.

In dem §. 1. der *L.* 5. *h. t.* führt Ulpian noch ein Paar Beyspiele aus Julian an, nämlich vom creditor, qui rerum vel legatorum servandorum causa in possessione sit, und dem Usufructuar. Beyde sind zwar bloße Detentoren, oder natürliche Besitzer[53]), sie können aber dennoch nach dem angeführten Princip ad exhibendum belangt werden. Es kam nur noch darauf an, näher zu bestimmen, in wiefern sie zur Exhibition verbunden sind. Ulpian bestimmt dieses nach Julian auf folgende Art: Ait, priorem quidem sic, *ut actor possessionem habeat*; is autem, cum quo agetur, *rei servandae causa sit in possessione*. Daß dieses überhaupt auf den creditor oder legatarius in possessionem missus geht, sieht jeder von selbst. Allein was heißt: *ut actor possessionem habeat*? Anton Faber[54]) fertiget uns mit der Bemerkung ab, daß etwas Anders sey, possessionem habere, etwas anders: in possessione esse. Nun könne, der Billigkeit nach, durch die actio ad exhibendum die Lage desjenigen, qui in possessione est, nicht verschlimmert werden, wenn durch die Hauptklage, die dadurch vorbereitet wird, die Sache, von welcher die Rede ist, dem Beklagten abgesprochen wird. Pothier[55]) hingegen erklärt diese Stelle auf folgende Art: Si non appareat heres, qui verus possessor est, transfertur quidem possessio in actorem; sic tamen, ut legatarius, qui rem exhibuit, perseveret esse in eius possessione; donec per actionem, cuius actio

53) *L. 3. §. 8. D. Uti possidet. L. 12. D. de acquir. possess. L. 1. §. 8. D. Quod legator. L. 6. §. 2. D. de precario.*

54) Rational. in Pand. h. L.

55) Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. IX. not. d.

actio *ad exhibendum* praeparatoria eſt, revocetur eius poſſeſſio, et res evincatur. Allein die Worte *poſſeſſionem habere* ſcheinen mir auf die künftige Reſtitution der Sache, als die Wirkung der Hauptklage zu gehen. *Reſtituere* enim, ſagt Cajus[56]), eſt etiam poſſeſſorem facere; oder ſie können auch die Wirkung der actio ad exhibendum ſelbſt anzeigen. Denn auch dieſe Klage geht auf Reſtitution, wenn der Beklagte ſich mit dem Kläger in keinen Hauptproceß einlaſſen will, wie Cujaz[57]) bemerkt. Jedoch ſoll hier die Exhibition auf eine ſolche Art geſchehen, daß das dem Beklagten durch die Miſſion zuerkannte prätoriſche Pfandrecht nicht aufgehoben werde. In den Baſiliken[58]) wird dieſe Stelle auf folgende Art überſetzt: Καὶ ὁ δανειςὴς, καὶ ὁ ληγατάριος πεμφθέντες εἰς νομὴν, ἐνάγονται τῇ παρασατικῇ ἀγωγῇ, ἵνα νέμηται μὲν ὁ ἐνάγων, καὶ αὐτοῖς δὲ φυλαχθῇ ἡ νομὴ τᾶ ἐνεχύρου. i. e. *Creditor, et legatarius, qui in poſſeſſionem miſſi ſunt, ad exhibendum actione tenentur, ut actor quidem poſſeſſionem habeat, ipſis autem pignoris poſſeſſio ſervetur.*

Auf eben dieſe Art ſoll nun auch der Uſufructuar, ſalvo uſufructu ſuo, zur Exhibition gehalten ſeyn, wie die letzten Worte des §. 1. der *L.* 5. *h. t.* ganz deutlich anzeigen.

Die Klage ad exhibendum iſt übrigens begründet, der Beklagte mag die Sache an ſich, oder die Hauptſache beſitzen, mit welcher die zu exhibirende Sache verbunden iſt. Ulpian führt hiervon folgende Beyſpiele an.

L. 7.

56) *L.* 22. *D. de Verbor. Signif.*

57) Recitat. ſolemn. ad Lib. X. Dig. h. t. ad §. *Quantum autem* L. 9. (*Operum* T. IV. P. I. pag. 650.)

58) Tom. II. Lib. XV. Tit. 4. Conſt. 5. §. 1. pag. 233. ſq.

L. 7. §. 1. *et* 2. *D. h. t.* Sed si rotam meam vehiculo aptaveris, teneberis ad exhibendum. Et ita *Pomponius* scribit, *quamvis tunc civiliter non possideas.*

Diese letztern Worte wollen so viel sagen, daß der Besitzer einer zusammengesetzten Sache, in sofern von dem Besitz der einzelnen Theile für sich, z. B. der Räder an einem Wagen, die Rede ist, dieselben im eigentlichen Sinn des Civilrechts nicht besitze. So erklärt sie auch Pothier[59]) welcher sagt: Quamvis proprie non possideas rotam, sed magis vehiculum, cui cohaeret: quamdiu enim cohaeret, per se rota non possidetur; vehiculum tantum possidetur. Eben so Thibaut[60]), obwohl der Grund, den er anführt, weil es nämlich eine Quaestio Domitiana gewesen wäre, ob auch derjenige mit der actio ad exhibendum belangt werden könne, welcher die Sache nicht gerade ad usucapionem besitzt? niemanden überzeugen wird, der aus den oben angeführten Stellen ersehen hat, daß Ulpian gerade dieselbe Frage durch die angeführten vielen Beyspiele außer Zweifel setzen will, welche Thibaut für absurd hält, wie Herr von Savigny[61]) sehr richtig dagegen erinnert hat[62]).

Idem et si armario vel navi tabulam meam, vel ansam scypho iunxeris, vel emblemata phialae:

59) Pandect. Iustin. h. t. Nr. X. not. e.

60) Animadv. de naturali et civ. possessione (als Anhang zu CUPERI Observat. select. de natura possess. pag. 162.)

61) Recht des Besitzes §. 7. S. 56. Not. 2.

62) In den *Basilic.* Tom. II. pag. 235. lauten die Worte so: ἐι καὶ μὴ νέμῃ πολιτικῶς.

lae[63]): vel purpuram vestimento intexeris, aut brachium statuae coadunaveris.

In allen diesen Fällen wird jedoch, wie Cujaz[64]) ganz richtig bemerkt, vorausgesetzt, daß eine Trennung der accessorischen Sache von der Hauptsache möglich sey. Denn diese Trennung zu bewirken, ist hier der Zweck der actio ad exhibendum, weil sonst die Vindication der Sache nicht Statt finden kann. Paulus sagt dies auch ausdrücklich *L. 6. D. h. t.* wo es heißt:

Gemma inclusa auro alieno, vel sigillum[65]) candelabro vindicari non potest: sed, *ut excludatur*, ad exhibendum agi potest.

Ist bey metallenen Gefäßen oder Figuren die Verbindung durch Schmelzen geschehen, so unterscheiden die Gesetze zwischen *ferruminatio* und *plumbatura*. Jene ist ein

63) *Phiala* eine Art von Trinkgeschirr. S. WUNDERLICH Additamenta ad BRISSONIUM h. v. pag. 51. *Emblemata* Figuren, meist von Golde, die man an das silberne Geschirr, z. E. an Pokäle, Leuchter, Schüsseln, u. d. von aussen zur Zierde ansetzte, und nach Belieben wieder abnehmen konnte. S. BRISSONIUS de Verb. Signif. v. *Emblema*. ERNESTI Clav. Ciceron. h. v.

64) Recitat. solemn. ad h. Tit. Pand. *Oper.* Tom. IV. P. I. pag. 639.

65) *Sigillum*, eine eingelegte oder angeheftete erhabene Figur, womit man das Geschirr zu verzieren pflegte, die sich aber nur auf der einen Seite zeigte, und auch wieder weggenommen werden konnte. BRISSON. h. v. und besonders *Christ. Frid.* WOLLE Archaeologiae iuridicae specimen. *Lipsiae 1772.* P. II. Cap. 2.

ein Anschmieden oder eine Anschweisung, die mittelst eben derselben Materie geschiehet, aus welcher der ganze metallene Körper besteht; letztere aber ist ein Anlöten mit Bley. Jene hebt das Eigenthum desjenigen, welchem die angeschweißte oder angeschmiedete Sache gehörte, ganz auf, und es findet deswegen weiter keine Vindication, und folglich auch die actio ad exhibendum nicht Statt. Nur in dem letztern Falle ist eine unverletzende Trennung möglich, welche durch die actio ad exhibendum gefordert werden kann. In dem erstern hingegen ist eine *actio in factum* anzustellen [66]).

Die actio ad exhibendum findet jedoch nicht nur gegen den wirklichen Inhaber der Sache Statt, sondern auch gegen denjenigen, welcher durch seinen dolus verursacht hat, daß die Sache nicht exhibirt werden kann. Denn dieser wird wegen seiner Arglist noch wie ein Besitzer behandelt [67]).

L. 5.

66) *L.* 23. §. 5. *D. de rei vindicat.* Item quaecunque aliis iuncta, sive adjecta, accessionis loco cedunt, ea, quamdiu cohaerent, dominus vindicare non potest: *sed ad exhibendum agere potest, ut separentur, et tunc vindicentur:* scilicet excepto eo, quod CASSIUS *de ferruminatione* scribit. Dicit enim, si statuae suae ferruminatione iunctum brachium sit, unitate maioris partis consumi: et, quod semel alienum factum sit, etiam si inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse. Non idem in eo, quod adplumbatum sit: *quia feruminatio per eandem materiam facit confusionem, plumbatura non idem efficit.* Ideoque in omnibus his casibus, in quibus neque ad exhibendum, neque in rem locum habet, in factum actio necessaria est. S. *Ulr.* HUBERI Eunom. Rom. ad Lib. VI. Pand. pag. 303.

67) Dolus pro possessione est. *L.* 131. *et L.* 150. *D. de div. reg. iuris.*

L. 5. *C. h. t.* Ad exhibendum actione non tantum eum, qui poſſidet, ſed etiam eum teneri, *qui dolo fecit, quominus exhiberet*, merito tibi a non contemnendae auctoritatis Iurisconſulto *Modeſtino* reſponſum eſt.

L. 14. *D. eodem.* Si vir nummos ab uxore ſibi donatos, ſciens ſuos factos non eſſe, pro re emta dederit, *dolo malo fecit, quominus poſſideat*, et ideo ad exhibendum actione tenetur.

L. 9. §. 2. *D. eod.* Si quis rem fecit ad alium pervenire, videtur dolo feciſſe, quominus poſſideat: ſi modo hoc doloſe fecerit.

Wer hingegen weder ſelbſt beſitzt, noch argliſtig zu beſitzen aufgehört hat, haftet nicht ad exhibendum; jedoch kann zuweilen eine andere Klage Statt finden, wie aus folgender Stelle des Pomponius erhellet.

L. 15. *D. h. t.* Theſaurus meus in tuo fundo eſt, nec eum pateris me effodere: cum eum loco non moveris, furti quidem, aut *ad exhibendum* eo nomine agere recte non poſſe me, *Labeo* ait: *quia neque poſſideres eum, neque dolo feceris, quominus poſſideres*, utpote cum fieri poſſit, ut neſcias, eum theſaurum in tuo fundo eſſe. Non eſſe autem iniquum, iuranti mihi, *non calumniae cauſa id poſtulare*, vel Interdictum, vel iudicium ita dari, ut ſi per me non ſtetit, quominus damni infecti tibi operis nomine caveatur, *ne vim facias mihi, quominus eum theſaurum effodiam, tollam, exportem.* Quodſi etiam furtivus iſte theſaurus eſt, etiam furti agi poteſt.

Es ist hier von einem solchen Schatz die Rede, der in fremdem Eigenthum ist. Das Wort *thesaurus* wird also hier im weitern Sinn für jede verborgene Sache von Werth genommen, mithin nicht, wie in der Lehre vom Erwerb des Eigenthums, wo sich der Begriff von Schatz auf eine solche vergrabene Sache von Werth beschränkt, welche durch die Länge der Zeit herrnlos geworden ist[68]). Der Eigenthümer will nun seinen Schatz ausgraben und heben. Allein der Besitzer des Grundstücks, worin der Schatz vergraben ist, leidet dieses nicht. Was wird also jener für eine Klage anstellen? Die actio furti paßt hier nicht, auch nicht die actio ad exhibendum. Denn jene setzt eine contrectatio fraudulenta voraus, und eine solche Contrectation ist nicht denkbar, wenn nicht der Schatz ausgegraben und weggenommen wird[69]). Dies war aber hier von dem Eigenthümer des Grundstücks nicht geschehen. Die actio ad exhibendum hingegen hat darum nicht Statt, weil man eigentlich nicht sagen kann, daß der Eigenthümer des Grundstücks den Schatz besitze, oder daß er denselben arglistig zu besitzen aufgehört habe. Denn der Schatz macht keinen Theil des Grundstücks aus, folglich wird er von dem Besitzer des Grundstücks nicht zugleich mit besessen, sondern dieser muß noch besonders um den Schatz wissen, und ihn ausgraben, wenn er den Besitz desselben erwerben soll[70]). Nun ist es ja leicht möglich, daß der Besitzer des Grundstücks

68) *L. 31. §. 1. D. de acquir. rer. dom.* S. Savigny Recht des Besitzes §. 17. S. 207.

69) *L. 3. §. 18. D. de acquir. vel. amitt. possessione.*

70) *L. 3. §. 3. D. de acquir. vel. amitt. possess.* S. *Engelb.* de MAN Diss. de thesauro ad L. 3. §. 3. D. de acquir. poss. (in

stücks von dem in seinem Eigenthum verborgenen Schatz gar nichts weiß. Er kann also auch den Schatz weder vorzeigen, noch herausgeben, ohne ihn erst auszugraben, oder ausgraben zu lassen. Eine solche Bemühung oder den dazu erforderlichen Kostenaufwand kann man ihm aber auf das bloße noch unerwiesene Vorgeben desjenigen, der den Schatz verlangt, nicht zumuthen. Er braucht aber auch nicht zu leiden, daß ein anderer in seinem Eigenthum gräbt. Könnte indessen der vermeintliche Eigenthümer des Schatzes sein Interesse mittelst Eides für Gefährde bescheinigen, so ist es der Billigkeit gemäß, ihm ein Interdict zu gestatten, daß ihn der Besitzer des Grundstücks nicht hindere, den Schatz auszugraben, und an sich zu nehmen, wenn er zuvörderst Caution leisten wird, daß er für allen Schaden stehen wolle[71]).

Aus allen erhellet also, daß die actio ad exhibendum zu den actionibus in rem scriptis gehört, welche gegen jeden Besitzer angestellt werden können, ohne sich auf ein dingliches Recht zu gründen.

Ob der Beklagte schon bey der Einlassung besaß, oder von da an, bis zum Urtheil erst den Besitz erwarb, ist gleichviel. Er kann doch noch condemnirt werden, wie Ulpian lehrt *L.* 7. §. 4. *D. h. t.*

Si

Ger. OELRICHS *Thes. Dissert. Belgicar.* Vol. I. Tom. II. Nr. XVII.) §. 28. pag. 368. sqq. und von Savigny Recht des Besitzes §. 17. S. 209. ff.

71) Man sehe auch CUJACII Recitatt. solemn. ad Pand. h. t. ad L. 15. Thesaurus. (*Operum.* Tom. IV. P. I. pag. 654.)

Si quis non possideat litis contestatae tempore, sed postea ante sententiam possidere coeperit, oportere dici putamus, debere condemnari, nisi restituat.

Dagegen ist aber auch der Beklagte frey zu sprechen, wenn er im Laufe des Prozesses, ohne seine Schuld, den Besitz verliert. Daß ihm bey dem verlohrnen Besitz kein Dolus zur Last fällt, entschuldigt ihn allein noch nicht; es darf ihm auch kein ungebührlicher Verzug zur Last liegen, wenn er von der Klage völlig entbunden werden will. So ist die *L.* 7. §. 5. *D. h. t.* zu verstehen, wo Ulpian sagt:

Si quis, cum iudicii accepti tempore possideret, postea sine dolo malo possidere desierit, absolvi eum oportet: *quamvis sit*, inquit *Pomponius*, *quod ei imputetur*, *cur non statim restituit*, *sed passus est secum litem contestari.*

Noodt[72]) macht uns hier auf die besondere Bedeutung des Worts *Quamvis* aufmerksam, welches hier für nisi gebraucht wird, wie aus der Verbindung der *L.* 15. §. *ult. D. de Rei vindicat.* mit unserer Stelle erhellet.

Auch Cujaz[73]) giebt hierüber folgende sehr richtige Erklärung: *Quamvis*, sagt er, hoc loco non adversatur, sed rem temperat: et quasi emendat, ut in *L.* 2. §. 2. *D. de stipulat. praetor.* *L.* 75. §. 6. *D. de verbor. obligat.* Et sensus hic est, ut si, qui possidet litis contestatae tempore, habuerit iustam causam litigandi, et interim

 sine

72) Commentar. ad Dig. h. t. §. Illud non silebo. *Operum* Tom. II. pag. 248.

73) Recitat. solemn. ad h. L. 7. §. *Si quis* (*Operum* Tom. IV. P. I. pag. 648.)

ſine dolo deſierit poſſidere, excuſetur. Sed ſi poſſit ei imputari, quod maluerit litigare, quam reſtituere, damnabitur *L.* 15. §. *ult. D. de rei vindicat.* Actum eſt ad exhibendum de homine adverſus poſſeſſorem hominis: homo mortuus eſt ante ſententiam ſine dolo poſſeſſoris. Damnabitur in id, quod intereſt, ſi poſſit ei imputari mora. Igitur in hac lege 7. cum dixiſſet, abſolvendum eſſe eum, recte adiicit emendationem: *Quamvis poſſit ei imputari*, id eſt, imputabitur ei mora litis, id eſt, ſi litigaverit improbe.

Daß es bey dem während des Prozeſſes verlohrnen Beſitz nicht blos auf den Dolus des Beklagten ankommt, ſondern daß auch eine bloße culpa denſelben verantwortlich macht, und zur Condemnation genügt, erhellet noch deutlicher aus folgender Stelle des Paulus.

L. 12. §. 4. *D. h. t.* Si poſt iudicium acceptum homo mortuus ſit, *quamvis ſine dolo malo et culpa poſſeſſoris*, tamen interdum tanti damnandus eſt, quanti actoris interfuerit per eum non effectum, quo minus tunc, cum iudicium acciperetur, homo exhiberetur: *tanto magis, ſi apparebit, eo caſu mortuum eſſe, qui non incidiſſet, ſi tum exhibitus fuiſſet.*

Was jedoch hier noch vom Caſus geſagt iſt, der zuweilen präſtirt werden ſoll, geht beſonders auf den Fall, da der Kläger die Sache hätte veräußern können, und auch veräußert haben würde, wenn ſie der Beklagte gleich bey der Einlaſſung reſtituirt hätte, wie aus *L.* 15. §. 3. *D. de rei vindicatione* erhellet[74]). In dieſem Falle iſt jedoch nur der malae fidei poſſeſſor für den natürlichen Zufall der Sache verantwortlich. Denn der bonae fidei poſſeſſor ſteht auch während des Prozeſſes für keine Mortalität, wie ich ſchon an einem andern Orte[75]) ausführlicher gezeigt habe.

Hatte

74) S. POTHIER Pandect. Iuſtin. Tom. I. h. t. Nr. XV. not. d. pag. 324.

75) S. des 8. Theils 1. Abth. §. 588. S. 235. ff.

Hatte der Beklagte im Laufe des Prozesses zwar den Besitz verlohren, er hat aber denselben nachher wieder erlangt, so behält der Prozeß seinen Fortgang, und der Beklagte kann verurtheilt werden, wenn er die Sache nicht herausgiebt.

L. 7. §. 6. *D. h. t.* Idem (*Pomponius*) scribit, si quis litis contestatae tempore possederit, deinde desierit possidere, mox coeperit sive ex eadem causa, sive ex alia: condemnari eum oportere, nisi restituat.

Paulus [76]) bemerkt übrigens noch, daß auch ein filius familias ad exhibendum belangt werden kann, wenn er die Sache besitzt. Dies ist indessen nichts besonderes. Denn daß Personen, welche auch noch unter väterlicher Gewalt sind, wenn sie gleich nicht ohne Einwilligung des Vaters vor Gericht als Kläger auftreten können, sich dennoch in allen Sachen, wegen welcher sie belangt worden sind, vor Gericht stellen müssen, ohne daß dazu die Einwilligung des Vaters erfordert wird, ist schon längst an einem andern Orte [77]) gezeigt worden. Allein merkwürdiger ist, was Ulpian *L.* 7. §. 3. *D. h. t.* von Städten und andern moralischen Personen sagt:

Item *municipes* ad exhibendum conveniri possunt: quia facultas est restituendi. Nam [78]) et possidere, et usucapere eos posse constat. Idem et in collegiis, caeterisque corporibus dicendum erit.

Denn Korporationen können eigentlich, als juristische Personen, d. h. solche, die bloß durch eine juristische Fiction als Subjecte von Rechten betrachtet werden, durch sich selbst nicht besitzen, weil sie überhaupt nicht wollen können.

76) *L.* 12. §. 1. *D. h. t.* Et filiusfamilias ea actione tenetur, si facultatem rei exhibendae habet.

77) S. den 6. Th. §. 529. S. 463. f.

8) *Gerh.* NOODT in Comm. ad Pand. h. t. pag. 248. erklärt das Wort *Nam* durch *praeterea*, welches aber nicht nöthig ist.

nen [79]). Allein durch Andere können sie Besitz erwerben, und durch diejenigen, welche auf ihren Namen besitzen, werden sie auch für fähig gehalten, die Sachen, auf deren Exhibition gegen sie geklagt wird, zu restituiren [80]). Es gehört hierher, was Paulus und Ulpianus hierüber an einem andern Orte sagen.

L. 1. *§ ult. D de acquir. vel amitt poss.* Municipes per se nihil possidere possunt, quia uni consentire non possunt Sed *Nerva* filius ait, per servum, quae peculiariter acquisierint, et possidere et usucapere posse. Sed quidam contra putant: quoniam ipsos servos non possideant.

L 2. *D eodem.* Sed hoc iure utimur, ut et possidere et usucapere municipes possint: idque eis et per servum, et per liberam personam acquiratur.

Noch ist die Frage übrig, in wiefern die actio ad exhibendum auf die Erben gehe? Hierüber belehrt uns Paulus, wenn er sagt *L.* 12. *§.* 6. *D. h. t.*

Heres, non quasi heres, sed *suo nomine* hac actione uti potest. Item heres possessoris *suo nomine* tenetur. Igitur non procedit quaerere, an heredi et in heredem danda sit. Plane ex dolo defuncti danda est in heredem haec actio, *si locupletior hereditos eo nomine facta sit:* veluti quod pretium rei consecutus sit.

Nach dieser Lehre geht also die actio ad exhibendum in der Regel nicht auf die Erben, und sie weicht eben hierin von der sonst gewöhnlichen Eigenschaft der persönlichen Klagen ab. Der Grund hiervon beruhet in der eigenen Natur dieser Klage. Sie steht also

1) nicht dem Erben, als Erben, zu, sondern dieser klagt immer in eigenem Namen. Denn nur dem wird

79) S. von Savigny Recht des Besitzes §. 21.

80) S. POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XVIII. Not. f. pag. 324.

wird die actio ad exhibendum gegeben, welchem in Rücksicht einer gewissen Hauptklage daran gelegen ist, daß ihm eine Sache exhibirt werde. Nun ist nicht immer dem Erben, als Erben, an der Exhibition gelegen. Man setze z. B. der Eigenthümer, welcher gegen den Besitzer seiner Sache hätte ad exhibendum klagen können, sey gestorben, und habe zwey Erben hinterlassen, dem einem aber diese Sache prälegirt. Hier kann zwar dieser gegen den Besitzer ad exhibendum klagen, aber nicht als Erbe, sondern weil ihm die Sache prälegirt ist. Er kann also, als Eigenthümer, in eigenem Namen klagen, wenn er auch nicht Erbe wäre. Der andere Miterbe hingegen kann gar nicht klagen, weil er in Ansehung dieser Sache gar nicht interessirt ist. Auf gleiche Weise kann auch

2) die Klage nicht gegen den Erben des Besitzers, als Erben, angestellt werden, weil es möglich ist, daß der Erbe die Sache weder besitzt, noch solche arglistig zu besitzen aufgehört hat. Hier fällt die Klage von selbst weg, weil sie nur gegen den Besitzer Statt findet. Besitzt hingegen der Erbe die Sache, so kann er zwar ad exhibendum belangt werden, allein er haftet nicht als Erbe, sondern als Besitzer [81]).

Zwey Fälle sind jedoch auszunehmen, wo der Erbe, als Erbe, ad exhibendum verpflichtet ist.

a) Wenn der Erblasser sich arglistig des Besitzes entäußert hat, und die Erbschaft dadurch bereichert worden ist. Z. B. er hat die Sache verkauft, und der daraus gelößte Werth steckt in der Erbschaft. Hier haftet der Erbe ex dolo defuncti. Diese Ausnahme führt **Paulus** in den letzten Worten des §. 6. der *L.* 12. *D. h. t.* selbst an, womit noch *L.* 42. *D. de rei vindicat.* zu verbinden ist. Denn beyde sind *ex libro* 26. *Pauli ad Edictum* genommen [82]).

81) S. *Ger.* NOODT Comm. ad Pandect. h. t. §. Indicavi. (*Operum* Tom. II. pag. 248.) und DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XX. cap. 9. pag. 1179. sq.

82) Daß der Erbe überhaupt ex dolo defuncti in so weit belangt werden kann, als er dadurch bereichert ist, lehrt *L. un. Cod.*

Ex

b) Wenn die Klage bereits gegen den Erblasser war angestellt worden, in der Meinung, er sey Besitzer, ohnerachtet er wirklich die Sache weder besaß, noch dieselbe arglistig zu besitzen aufgehört hatte; und nun sein Erbe die Sache wirklich besitzt. Hier ist der Erbe zur Exhibition verpflichtet, ohne eine neue Klage gegen ihn anstellen zu dürfen. Diesen Fall hat Julian, welcher *L.* 8. *D. h. t.* sagt: Si ad exhibendum actum est cum eo, qui neque possidebat, neque dolo malo fecerat, quo minus possideret, deinde, eo defuncto, heres eius possidet rem, exhibere eam cogendus erit. Es erklärt sich diese Ausnahme daraus von selbst, weil der Erbe die Person des Erblassers vorstellt, ja vermöge rechtlicher Fiction als eine Person mit ihm angesehen wird [83]). Es ist also hier eben so, als ob der Verstorbene selbst noch vor dem Endurtheil den Besitz erlangt hätte, den er zur Zeit der Einlassung noch nicht hatte [84]).

§. 744.

Zweck der Klage. Wie und wo muß die Exhibition geschehen? Folgen des Ungehorsams.

Der Zweck der Klage, worin zugleich auch die Wirkung derselben liegt, geht zwar, insofern sie blos präparatorisch ist, nur auf Vorzeigung der Sache, um die in Ansehung derselben zustehende Hauptklage anstellen zu können. Denn dies heißt eigentlich *exhibere rem*, wie Paulus [85]) sagt. Sie kann aber auch öfters die Restitution der Sache selbst nach sich ziehen, wenn nämlich der Beklagte nach geschehener Exhibition sich nicht getrauet, auf

Ex delicto defuncti in quantum heredes conveniantur. S. CUJACII Recitatt. solemn. ad Pand. Lib. X. L. 12. §. ult. D. h. t. Tom. IV. *Oper.* P. I. pag. 653. und NOODT Comm. ad Pandect. c. l.

83) *L.* 22. *D. de usurpat. et usucap.*

84) S. *Ant.* FABRI Rational. in Pandect. ad h. L. 8. D. h. t. Tom. II. P. II. pag. 469.

85) *L.* 2. *D. h. t.*

auf die Hauptklage sich einzulassen [86]). Diesem Zweck gemäß muß nun die Sache in dem Zustande exhibirt werden, worin sie sich bey der Einlassung auf die Klage befand [87]), folglich unverändert, und unverschlimmert, nebst Accession und Früchten. Daher sagt **Ulpian** *L.* 9. §. 7. *D. h. t.* Quia *causa* petitori in hac actione restituitur, SABINUS putavit, *partum* quoque restituendum: sive praegnans fuerit mulier, sive postea conceperit. Quam sententiam et POMPONIUS probat; und **Justinian** fügt §. 3. *I. de officio iud.* noch hinzu: Praeterea *fructuum* medii temporis, id est, eius, quod post acceptum ad exhibendum iudicium, ante rem iudicatam intercesserit, rationem habere debet iudex. Diese Wirkungen der Restitution treten also nur dann ein, wenn es der Beklagte nicht auf die Hauptklage ankommen lassen will, um deren willen auf Exhibition geklagt worden ist. Denn giebt der Beklagte nicht nach, sondern macht dem Kläger die Sache auch noch nach erfolgter Exhibition streitig, so kann vor der Hand noch von keiner Restitution der Accessionen und Früchte die Rede seyn [88]). In diesem Falle, da der Beklagte bereit ist, sich mit dem Kläger auf den Hauptstreit einzulassen, muß er in Absicht auf die Exhibitionsklage absolvirt werden, sobald die Sache exhibirt worden ist, wenn auch die Sache deteriorirt seyn sollte. Denn die Verfolgung des Rechts wird dadurch nicht gehindert, obwohl wegen des zugefügten Schadens ex Lege Aquilia oder actione in factum gegen den Besitzer geklagt werden kann, wie folgende Gesetzstellen lehren.

L. 17. *D. h. t.* Si quis hominem debilitatum exhibeat, vel eluscatum ad exhibendum quidem absolvi debet; exhibuit enim, et nihil impedit directam actionem talis exhibitio: poterit tamen agere actor ex Lege Aquilia de hoc damno.

L. 7.

86) S. *Hug.* DONELLI Commentar. iuris civ. Lib. XX. cap. 9. §. Commoda externa. pag. 1181.

87) §. 3. *I. de offic. iud.* *L.* 9. §. 5. *D. h. t.*

88) DONELLUS c. l. und CUJACIUS in Recitat. solemnib. ad Pand. h. t. ad §. Quantum autem L. 9. Tom. IV. *Oper.* P. I. p. 650. sq.

L. 7. *C. eodem.* Exhibitionis neceſſitate tenetur, qui facultatem habens, culpam, vel dolum, in explendo praecepto committit: ita ut ſi rem deteriorem exhibuit, aequitas exhibitionis perficiat, ut quamvis ad exhibendum agi non poſſit, in factum tamen actio contra eum detur.

Sind gewiſſe Vortheile deswegen verlohren gegangen, weil die Exhibition nicht zu rechter Zeit geſchahe, ſo müſſen auch dieſe erſetzt werden. Z. B. es iſt dadurch ein Vermächtniß, oder eine ganze Erbſchaft verlohren gegangen.

L. 9. §. 8. *D. h. t.* Praeterea utilitates, ſi quae amiſſae ſunt ob hoc, quod non exhibetur, vel tardius quid exhibetur, aeſtimandae a iudice ſunt. Et ideo *Neratius* ait, utilitatem actoris venire in aeſtimationem, non quanti res ſit: Quae utilitas, inquit, interdum *minoris* [89]) erit, quam res erit.

L. 10 *D. eod.* Si, optione intra certum tempus data, iudicium in id tempus extractum eſt, quo fruſtra exhibetur [90]), utilitas petitoris conſervetur. Quod ſi per heredem non ſtetit, quominus exhiberet tempore iudicii accipiendi, abſolvendus eſt heres.

L. 11. *pr. D. eodem.* Sed et ſi hereditas amiſſa ſit ob hoc, quod ſervus non exhibeatur, aequiſſimum eſt aeſtimari officio iudicis damnum hereditatis.

Kann

89) Der Erlanger Pandecten-Codex lieſet hier *maioris*, und nach Brenkmanns Bemerkung in dem Gebauerſchen Corp. iuris civ. ſollen, auſſer Haloander, auch alle Ausgaben ſo leſen. Von Baudoza kann ich dieſes ſelbſt bezeugen. Allein die Baſiliken Lib. XV. Tit. 4. Tom. II. pag. 237. beſtärken die florentiniſche Leſeart, wo es heißt: τὸ δὲ χρήσιμον ἔσθτι ὅτε ἧττόν ἐςι τῶ πράγματος. i. e. *Utilitas autem interdum minoris eſt, quam res.* Hugo a Porta, Charondas, Ruſſardus, Pacius, Gothofredus und Simon van Leeuwen haben alle *minoris.*

90) Cod. Pand. Erlang. hat *exhiberetur.*

Kann die Sache aus einer gerechten Urſache vorjetzt nicht exhibirt werden, z. B. weil ſie ſich anderswo befindet; ſo muß der Beklagte einſtweilen Caution leiſten, daß er ſie innerhalb einer vom Richter beſtimmten Zeit herbeyſchaffen wolle. Paulus ſagt: *L.* 12. §. 5. *D. h. t.* Si iuſta ex cauſa ſtatim exhiberi res non poſſit, iuſſu iudicis caveri debebit, *ſe illo die exhibiturum*; und im §. 3. *I. de officio iud.* heißt es: Quodſi neget reus, cum quo ad exhibendum actum eſt, in praeſenti ſe exhibere poſſe[91]), et tempus exhibendi cauſa petat, idque ſine frustratione poſtulare videatur: *dari ei debet, ut tamen caveat, ſe reſtituturum.*

Läßt ſich keine Zeit beſtimmen, z. B. der Sklave, auf deſſen Exhibition geklagt worden, iſt entlaufen, oder der Beſitzer hat ihn in die Fremde geſchickt; ſo leiſtet der Beklagte blos Caution, daß er die Sache exhibiren wolle, ſobald ſie wieder in ſeine Gewalt kommen würde. Ulpian ſagt: *L.* 5. §. *ult. D h. t.* Item, ſi quis facultatem reſtituendi non habeat, licet poſſideat, tamen ad exhibendum non tenebitur: utputa, ſi in fuga ſervus ſit[92]), ad hoc plane ſolum tenebitur, ut caveat, *ſe exhibiturum, ſi in poteſtatem eius pervenerit*[93]) ſed et ſi non ſit in fuga, permiſeris autem ei, ubi velit morari, idem erit dicendum; aut peregre a te miſſus ſit, vel in praediis tuis agat, ad hoc ſolum teneberis, *ut caveas.*

Die

91) THEOPHILUS in Paraphr. I. graec. Lib. IV. Tit. 17. §. 3. p. 913. der Reitziſchen Ausgabe ſetzt hier zur Erläuterung hinzu: διὰ τὸ τυχὸν ἐν ἑτέρῳ τόπῳ διατεῖσθαι τὸ πρᾶγμα. i. e. *quia forte res in alio loco ſita eſt.*

92) Denn der Beſitz eines entflohenen Sklavens wurde ſo lange erhalten, bis ihn ein Anderer in Beſitz genommen hatte. *L.* 1. §. 14. *D. de acquir. vel amitt. poſſ.*

93) CUJACIUS Lib. XXII. Obſervation. cap. 30. in fin. ſchränkt dieſes auf den Fall ein: ut non niſi, ſi poſt litem conteſtatam reus ſine dolo malo rei exhibendae et reſtituendae facultatem habere deſierit, ad hoc teneatur, ut caveat, ſe rem exhibiturum, ſi rurſus in ſuam poteſtatem venerit, non etiam, ſi ante litem conteſtatam eam rem amiſerit, quam bona fide poſſidebat.

Die Exhibition geschieht nun da, wo sich die Sache zur Zeit der Litiscontestation befindet. Verlangt der Kläger, daß sie an den Ort hingeschafft werde, wo geklagt worden ist, so geschieht es auf seine Gefahr und Kosten, wofern nicht etwa die Sache arglistiger Weise vom Beklagten weggeschafft worden war. Hierher gehört die Stelle Ulpians *L.* 11. §. 1. *D. h. t.* wo es heißt: *Quo* autem *loco* exhiberi rem oporteat, vel *cuius sumtibus* videamus. Et LABEO ait, ibi exhibendum, *ubi fuerit, cum lis contestaretur: periculo et impendiis actoris perferendam perducendamve eo loci, ubi actum sit.* Pascere plane servum, vestire, curare possessorem oportere ait. Ego autem arbitror, interdum etiam haec actorem agnoscere oportere, si forte ipse servus ex operis vel artificio suo solebat se exhibere, nunc vero cogitur vacare. Proinde et si apud officium fuerit depositus exhibendus, cibaria debebit agnoscere, qui exhiberi desideravit, si non solebat possessor servum pascere: nam si solebat, sicuti pascit, ita et cibaria potest non recusare. Interdum tamen eo loci exhiberi debet suis sumtibus: si forte proponas, data opera eum in locum abditum res contulisse, ut actori incommodior esset exhibitio. *Nam in hunc casum, suis sumtibus et periculo, debebit exhiberi in eum locum, ubi agitur, ne ei calliditas sua prosit.*

Hat der Beklagte die Sache gänzlich corrumpirt, oder sie arglistig aus seinem Besitz geschafft, oder die Gestalt der Sache gänzlich verändert, und sie in einen andern Körper verwandelt, oder sonst arglistig die Rechtsverfolgung derselben unmöglich gemacht, oder er verweigert hartnäckig die Restitution der Sache, und der Kläger ist nicht geneigt, ihm dieselbe abzwingen zu lassen, so kann der Beklagte in diesen Fällen zur Leistung des durch den Eid des Klägers auszumittelnden vollen Interesse verurtheilt werden, wie folgende Gesetzstellen lehren.

L. 9. *pr. D. h. t.* Iulianus scribit, si quis hominem, quem possidebat, occiderit, sive ad alium transtulerit possessionem, si ita rem corruperit, ne haberi possit,

poſſit, ad exhibendum tenebitur: quia dolo fecit, quominus poſſideret. Proinde et ſi vinum, vel oleum, vel quid aliud effuderit, vel confregerit, ad exhibendum tenebitur.

L. 9. §. 3. *eod.* Sed ſi quis rem deteriorem exhibuerit, aeque ad exhibendum eum teneri, SABINUS ait. Sed hoc ibi utique verum eſt, ſi dolo malo in aliud corpus res ſit translata: veluti, ſi ex ſcypho maſſa facta ſit. Quanquam enim maſſam exhibeat, ad exhibendum tenebitur: nam, mutata forma, prope interemit ſubſtantiam rei.

L. 12. §. 3. *D. eodem.* Si quis ex uvis meis muſtum fecerit, vel ex olivis oleum, vel ex lana veſtimenta, cum ſciret haec aliena eſſe: utriusque nomine ad exhibendum actione tenebitur: quia, quod ex re noſtra fit, noſtrum eſſe verius eſt [94]).

L. 3. §. 2. *D. h. t.* Praeterea, in hac actione notandum eſt, quod reus contumax *per in litem iusiurandum petitoris* damnari poſſit ei, *iudice quantitatem taxante* [95]).

Nach dem Römiſchen Rechte waren hier zwey Sentenzen nöthig, durch die erſte, welche arbitrium hieß, wurde dem Beklagten die Exhibition auferlegt, durch die letzte, oder das Definitivurtheil, wurde er zur Leiſtung des Intereſſe verurtheilt [96]). Denn die Klage gehörte zu den actionibus arbitrariis [97]).

Heut

94) S. NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 247. und HUBERI Eunomia Rom. Lib. X. ad h. L. pag. 443.

95) S. *Ant.* FABER de errorib. Pragmaticor. Decad. XCII. Err. 5.

96) S. CUJACII Recitatt. ſolemn. ad Pand. ad §. Quantum autem L. 9. h. t. Tom. IV. P. I. *Oper.* pag. 650. in fin.

97) S. des 3. Th. 2. Abth. §. 275. S. 611.

Heut zu Tage kann, statt dieser Klage, wenn man mit selbiger nicht gleich die Hauptklage vereiniget, die Exhibition auch durch eine bloße Imploration gefordert werden, und der Richter kann den Imploranten, durch einen an denselben erlassenen Befehl anhalten, die Sache dem Imploranten unverzüglich vorzuzeigen. Indessen stehen doch auch gegen einen solchen Befehl, oder gegen das Gesuch um einen solchen Befehl dem Imploranten alle diejenigen Einreden zu, die er bey der wirklichen Klage ad exhibendum vorschützen kann [98]).

98) Man s. Schmidts Lehrbuch von Klagen und Einreden §. 1352.

Heut zu Tage kann, statt dieser Klage, wenn man mit selbiger nicht gleich die Hauptklage vereiniget, die Exhibition auch durch eine bloße Imploration gefordert werden, und der Richter kann den Imploranten, durch einen an denselben erlassenen Befehl anhalten, die Sache dem Imploranten unverzüglich vorzuzeigen. Indessen stehen doch auch gegen einen solchen Befehl, oder gegen das Gesuch um einen solchen Befehl dem Imploranten alle diejenigen Einreden zu, die er bey der wirklichen Klage ad exhibendum vorschützen kann [98]).

98) Man s. Schmidts Lehrbuch von Klagen und Einreden §. 1352.

Heut zu Tage kann, statt dieser Klage, wenn man mit selbiger nicht gleich die Hauptklage vereiniget, die Exhibition auch durch eine bloße Imploration gefordert werden, und der Richter kann den Imploranten, durch einen an denselben erlassenen Befehl anhalten, die Sache dem Imploranten unverzüglich vorzuzeigen. Indessen stehen doch auch gegen einen solchen Befehl, oder gegen das Gesuch um einen solchen Befehl dem Imploranten alle diejenigen Einreden zu, die er bey der wirklichen Klage ad exhibendum vorschützen kann [98]).

98) Man s. Schmidts Lehrbuch von Klagen und Einreden §. 1352.

Heut zu Tage kann, statt dieser Klage, wenn man mit selbiger nicht gleich die Hauptklage vereiniget, die Exhibition auch durch eine bloße Imploration gefordert werden, und der Richter kann den Imploranten, durch einen an denselben erlassenen Befehl anhalten, die Sache dem Imploranten unverzüglich vorzuzeigen. Indessen stehen doch auch gegen einen solchen Befehl, oder gegen das Gesuch um einen solchen Befehl dem Imploranten alle diejenigen Einreden zu, die er bey der wirklichen Klage ad exhibendum vorschützen kann [98]).

98) Man s. Schmidts Lehrbuch von Klagen und Einreden §. 1352.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Glück, Christian Friedrich von, 1755-1831 / Glück, Christian Friedrich << von>>, / Hellfeld, Johann August,

Versuch einer ausführlichen Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar für meine Zuhörer

Bd.: 11,1

Erlangen (1809)

J.rom.c. 137-11,1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10565393-2
VD18 90225007